

CONSIDERACIONES PARA ESTIMAR QUE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS NO FORMAN PARTE DE LA CONSTITUCION

Fernando Saenger Gianoni

U. de la Santísima Concepción

CONCEPTO ELEMENTAL DE CONSTITUCION

El término Constitución tiene diversas acepciones, y, desde el punto de vista del Derecho Político, y según el Diccionario de la Lengua, es "la ley fundamental de la organización de Estado".

O como dice Alcalá y Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, "es la ley fundamental de la organización de un cuerpo".

Tal como lo ha dicho Jellinek: "Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución".

"Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera sería una anarquía. El propio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el mínimo de Constitución preciso para la existencia del propio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho.

"La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado". (*Teoría General del Estado*, p. 381).

Es interesante transcribir la opinión de Hans Kelsen, extraída de su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 146 y ss., en relación a la terminología de Constitución

formal y Constitución material, materia que incide directamente en el tema que abordaremos más adelante:

"Constitución en sentido material y en sentido formal: determinación de la creación de normas generales".

La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional. El término Constitución es entendido aquí no en sentido formal, sino material. La Constitución, en sentido formal es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. La Constitución en sentido formal, el documento solemne que lleva este nombre, a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material. El hecho de que se redacte un documento especial o solemne, y la circunstancia de que el cambio de las normas constitucionales se haga particularmente difícil, tiene por objeto salvaguardar las normas que señalan a los órganos legislativos y regulan el procedimiento de la legislación. La existencia de una forma especial para las leyes constitucionales, o forma constitucional, se debe a la Constitución en sentido material. Si existe una forma constitucional, entonces las leyes constitucionales tendrán que ser distinguidas de las ordinarias. La diferencia consiste en que la creación, y esto significa la promulgación, la reforma y la abrogación de las leyes constitucionales, es más difícil que la de las ordinarias. Existe un procedimiento especial, una forma determinada para la creación de las constituciones, diferente del procedimiento de creación de las ordinarias. Esa forma especial relativa a las constituciones,

forma constitucional o Constitución en el sentido formal de la palabra, no es indispensable, mientras que la Constitución material, es decir, las normas que regulan la creación de preceptos generales y en el proceso de la legislación, constituyen un elemento esencial de cada orden jurídico.

Una Constitución en sentido formal, especialmente los preceptos por los cuales la modificación de la Constitución se hace más difícil que la de las leyes ordinarias, sólo es posible si hay una Constitución escrita, es decir, si ésta tiene el carácter de estatuto. Hay Estados, la Gran Bretaña, por ejemplo, que no tienen una Constitución en sentido formal y del documento solemne que llamamos "Constitución". En este caso, la Constitución (en sentido material) tiene el carácter de derecho consuetudinario y, por consiguiente, no hay diferencia entre las leyes constitucionales y las ordinarias. La Constitución en sentido material puede ser escrita o no escrita, o sea, tener el carácter de derecho legislado o el de derecho consuetudinario. Sin embargo, si existe una forma específica para el derecho constitucional, cualquier contenido puede aparecer en esa forma. De hecho, asuntos que por una u otra razón son considerados como especialmente importantes, a menudo son regulados no por leyes ordinarias, sino por la ley constitucional. Ejemplo de lo anterior es la Enmienda Dieciocho a la Constitución de los Estados Unidos, o enmienda sobre la prohibición, ya derogada.

CONSTITUCIONES ESCRITAS Y NO ESCRITAS

Una importante clasificación de las constituciones, las divide en escritas y no escritas.

Pertencerían a la primera categoría aquellas que figuran en un texto orgánico, metódico y coherente. Ejemplo, la de EE.UU. de 1787; la de Francia, de 1791, 1793, 1946, 1958. La de España de 1978. La de Chile, de 1833, 1925, 1980. Y así la inmensa mayoría de países del mundo que poseen un sistema de constituciones escritas.

Sólo por excepción, Inglaterra y Nueva Zelanda no tienen una Constitución orgánica y única. Pero evidentemente tienen numerosas normas constitucionales dispersas, que llegan a formar lo que se denomina el constitucionalismo inglés, entre otros. Así, por ejemplo, la Carta Magna de 1215, el *Petition of Rights*, de 1628; *Bill of Rights*, de 1689, y *Act of Settlement*, de 1701.

"El sistema británico de gobierno parlamentario no se basa en una Constitución escri-

ta, sino que es el resultado de una gradual evolución que se remonta a varios siglos atrás.

"La esencia del sistema hoy día como lo ha sido durante más de dos siglos, es que los jefes del Poder Ejecutivo son miembros del Cuerpo Legislativo y responsables ante una asamblea electa. La tenencia del poder por parte del Gobierno depende de que conserve una mayoría en la Cámara de los Comunes, electa, donde ha de enfrentarse con la crítica pública y bien informada de una oposición capaz de reemplazar como Gobierno si así lo decidiera el electorado". (Revista Chilena de Derecho, Vol. 4 N° 1-6 Feb.-Dic. 1977, p. 228).

CONSTITUCIONES PETREAS, RIGIDAS, SEMIRRIGIDAS, FLEXIBLES

Esta clasificación tiene como fundamento la mayor o menor posibilidad de la enmienda o reforma de las constituciones.

Una Constitución será pétrea, de granito o eterna, si es imposible su modificación, sea en forma absoluta o por un tiempo determinado o alguna de sus disposiciones o capítulos. Es lo que Kelsen ha denominado Constitución eterna, o sea, que no admite jamás su variación o modificación. Pero también hay cláusulas pétreas dentro de una Constitución, como por ejemplo, la prohibición de revisar las formas de gobierno republicanas, en el caso de Francia, Italia y Alemania actualmente.

Una Constitución será rígida cuando su reforma es difícil, complicada, dificultosa, engorrosa y, en consecuencia, las innovaciones o correcciones a ella se hacen de suyo problemática. Hay numerosos ejemplos de ello.

La C.P. de EE.UU., de 1787, requiere altos quórum del Congreso y posterior ratificación de los tres cuartos de las legislaturas estatales, por ejemplo.

La C.P. de 1833, en su texto primitivo, y aun con las reformas de 1874, es un claro ejemplo de Constitución rígida, al requerir dos Congresos para su modificación.

Las constituciones semirrígidas son aquellas que permiten su reforma con procedimientos no tan agravados ni complicados, ni tampoco con quórum elevado. Hay innumerables constituciones en el mundo de este tipo. Ejemplo: España actual, Italia, Argentina, etc.

La C.P. chilena de 1980 es una Constitución en mi concepto semirrígida, por cuanto permite su reforma, mediante procedimientos que no hacen muy difícil la misma, aunque de conformidad al art. 116 inciso 2°, se requiera las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio, para la aprobación de ciertas materias.

Sin embargo, esta C.P. de 1980, en su texto primitivo hasta 1989, fue una Constitución rígida, al exigir dos Congresos para su modificación, en ciertas materias. Como es sabido, esta norma no tuvo vigencia efectiva.

La clasificación que comentamos fue formulada originalmente por el jurista inglés Bryce, quien en 1901 escribió la obra más famosa sobre la materia que se denomina *Constituciones rígidas y flexibles*.

Interesa transcribir de este autor algunos párrafos extractados de la obra ya indicada, páginas 19 y siguientes.

UNA NUEVA CLASIFICACION DE LAS CONSTITUCIONES

El criterio para esta clasificación de las constituciones puede encontrarse en la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta.

Algunas constituciones, entre ellas todas las que pertenecen al tipo más viejo, o sea, al *common law*, están a igual nivel que las otras leyes del país, lo mismo si estas leyes existen sólo en forma de estatutos que si existen en las decisiones escritas que definen y confirman una costumbre. Tales constituciones proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y son promulgadas o abolidas según el mismo procedimiento que aquéllas. En tales casos, la palabra "Constitución" sólo se refiere a aquellos estatutos y costumbres del país que determinan la forma y disposiciones de su sistema político. Y con frecuencia es difícil decir de cualquier ley en particular, como veremos en seguida, si es o no parte de la Constitución Política.

Otras constituciones, la mayoría de ellas pertenecientes al tipo más moderno o estatutarias, están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento —o instrumentos— en que están contenidas estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes; es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o por poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, personas o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entra en colisión con alguna otra ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder.

En un Estado que posee una Constitución del primer tipo —el más antiguo—, todas las leyes, excepto, por supuesto, las leyes (*by-law*), regulaciones municipales, etc., son del

mismo rango y tienen la misma fuerza, sólo existe una autoridad legislativa competente para aprobar las leyes en todos los casos y para todas las materias. Pero en un Estado cuya Constitución pertenezca al último tipo —el más moderno— existen dos clases de leyes, que se distinguen por la superioridad y la fuerza que unas tienen sobre otras. De la misma manera, existen dos autoridades legislativas, una superior y con facultad para legislar sobre cualquier materia, y otra inferior, cuya facultad legislativa necesita para su ejercicio que la autoridad superior le confiera el derecho y la función de hacerlo.

El punto esencial es éste: en Estados que tienen constituciones del tipo más moderno, las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.

I. DIVISION DE PODERES EN EL DERECHO PUBLICO CHILENO

Interesa precisar en forma preliminar las bases fundamentales en que históricamente se ha asentado el Derecho Público chileno y, específicamente, el Derecho Constitucional.

El principio de la división de poderes visualizado por Aristóteles, enseñado por Locke en su *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, en el capítulo denominado "La Constitución de Inglaterra", han pasado a formar parte de un axioma indiscutido en el Derecho Público mundial occidental, desde donde nuestro Derecho Público lo ha heredado.

Tal como afirmaba Montesquieu, "en cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al Derecho de Gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho Civil.

La Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, consagra por primera vez en la historia política del mundo la triple separación de los poderes.

Tal como acertadamente señalaba Madison en *El Federalista*: "todo el mundo está de acuerdo en que los poderes propios de uno de los departamentos no deben ser administrados completa ni directamente por cualquiera de los otros. Es también evidente que ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a la administración de sus respectivos poderes. No puede negarse que el poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen. Por tanto, después de diferenciar en teoría las distintas clases de

poderes, según que sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial, la próxima tarea, y la más difícil, consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros. ¿En qué debe consistir esa defensa?" (p. 210).

Continuando con la Francia revolucionaria, pasa luego a América a contar de 1810, sucesivamente.

Emanando de la teoría de la división de poderes, se enuncia el denominado "Principio de la Irrevocabilidad Recíproca de Poderes", que en síntesis significa, como principio de tipo general:

a) Los titulares de un órgano no pueden ser depuestos por los titulares de otro poder.

b) Las resoluciones, dictámenes u órdenes de un poder no pueden ser revocadas por las que emanen de otro poder.

c) Cada poder o departamento debe realizar sólo una función.

Se distingue así entre el Poder Legislativo, que crea la ley. El Ejecutivo, que aplica la ley. El Judicial, que resuelve las contiendas judiciales.

El poder del Estado es uno e indivisible, y lo que se reparte o divide es el ejercicio de las facultades.

Así, por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, dispone en el art. 20 N° 2: "Todo poder estatal emana del pueblo. Se ejercita por el pueblo en elecciones y votaciones y por intermedio de los órganos especiales legislativos, ejecutivos y judicial".

No obstante las numerosas excepciones que todas las constituciones del mundo contemplan a una rígida separación de los poderes y a la tendencia moderna a hablar de una cooperación de poderes, la teoría de Montesquieu continúa inmersa en el Derecho Público mundial como una verdad indiscutida.

El análisis de las constituciones de Chile igualmente nos lleva a concluir que desde los albores de nuestra independencia se consagra constitucionalmente la separación de los poderes, también como una verdad indiscutida. Así dan fe de ello en especial las constituciones de 1811, en su preámbulo 1818, y 1822, en su art. 13.

Según don Julio Heise, en su obra *Años de formación y aprendizaje políticos 1810/1833* (Editorial Universitaria, 1978), la separación de los poderes es en Chile un aporte o una contribución de Norteamérica a la historia política de Chile (pp. 37 y 92).

Especial mención merece la Constitución de 1828, que señalaba que el ejercicio de la soberanía se divide en tres poderes: el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso.

La Constitución de 1833 continúa con esta tradición consagrando el Congreso Nacional como órgano legislativo, la administración de justicia para los tribunales establecidos por la ley, y el Poder Ejecutivo en manos del Presidente de la República.

Exacta tradición continúa, como es sabido, con la Constitución de 1925.

En la actual Constitución de 1980 es esta separación de poderes un elemento clave para comprender el funcionamiento de las instituciones. Así, el Capítulo IV distingue el gobierno que corresponde al Presidente de la República, quien, además, es el Jefe del Estado (arts. 24 y siguientes).

El Capítulo V trata del Congreso Nacional, que se compone de dos ramas: Cámara de Diputados y Senado (arts. 42 y siguientes).

Por su parte, el Capítulo VII trata del Poder Judicial (arts. 73 y siguientes).

Incluso nuestra Constitución de 1980 contempla las modernas teorías políticas constitucionales en orden a aceptar otros poderes que los clásicos elaborados por Montesquieu. En efecto, hay consenso en la doctrina de estimar que el poder contralor y la función que él lleva consigo es también una actividad independiente. Lo mismo con el poder constituyente derivado.

Así, por lo menos, quedó expresamente señalado en el Informe de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política, en adelante ICENCP, de 16 de agosto de 1978, cuando señaló que "el nuevo régimen político-institucional que contempla el anteproyecto se funda, por cierto, en el ejercicio de las funciones de Gobierno, Legislativas, Judiciales y Contralora, por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de una adecuada interrelación entre ellos".

En conclusión, primeramente es bueno recordar estos principios fundamentales que informan nuestras instituciones con el fin de precisar y enmarcar el fondo doctrinario y teórico que inspira el ordenamiento jurídico de nuestro país, y en especial con relación a las materias que estamos comentando.

2. ESTADO DE DERECHO Y DIVISION DE PODERES

El estado de derecho está consagrado en la Constitución de 1980 en numerosas disposiciones y ellas están estrecha e íntimamente ligadas con el principio de la separación de los poderes. De tal modo que podríamos afirmar categóricamente que, sin separación de poderes, no habría en Chile estado de derecho.

Tal como ha señalado el célebre tratadista español Luis Sánchez Agesta, "estado de dere-

cho es aquel que sirve a los valores éticos del Derecho mediante técnicas que están íntimamente vinculadas a los valores de justicia y seguridad que el Derecho debe realizar como instrumento de la vida humana en el orden social, o como definidor del orden de la convivencia humana en una comunidad política".

Para este mismo autor, los objetivos y técnicas que realizan el estado de derecho destacan los siguientes factores:

a) Impedir la ventaja, la exención o privilegio que no estén fundados en una necesidad de la función.

b) Prevenir el abuso en el ejercicio del poder.

c) Eliminar la arbitrariedad en las decisiones.

d) Definir con certeza el ámbito de la libertad y del ejercicio de los derechos.

(Ver *Principios de Teoría Política*, pp. 144 a 148.)

Precisado por la doctrina alemana, el concepto "estado de derecho" fue fundamentalmente elaborado por el jurista Von Mohl, en 1832, y presupone, en resumen, los siguientes fundamentos, requisitos y principios.

Considerar a la persona humana como un valor fundamental y básico, para lo cual el Estado ha sido creado.

Supone, además, la soberanía del pueblo o de la nación como origen del poder.

Además, se requiere de diversos instrumentos formales de orden jurídico, tales como:

1. Imperio a la ley. Los gobernantes se regirán por normas de derecho y no por su propia decisión.

2. Supremacía de normas jurídicas básicas de la Constitución, la que debe incluir las declaraciones de derechos.

3. Diferencia entre poder constituyente y poder constituido.

4. División orgánica y funcional entre los poderes constituidos.

5. Legalidad administrativa, que debe sujetarse ante todo el orden jurídico.

6. El Poder Judicial debe tener plena independencia en sus decisiones.

7. Por elección deben designarse los titulares del poder constituyente y constituido y por medio de sistemas pacíficos y normados previamente.

8. Deben estar controladas las actividades de los organismos estatales.

9. La oposición política debe existir institucionalizada.

(Véase Mario Justo López, *Introducción a los estudios políticos*, Tomo II, pp. 7 y siguientes.)

España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico

la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Así reza el art. 1 de la Constitución de 1978.

Para Oscar Alzaga "el concepto eje es el estado de derecho". Este comprende "la aceptación de las consecuencias políticas básicas de la doctrina de división de poderes, acomodadas a las exigencias de la compleja realidad constitucional de nuestra época". (Véase *Constitución Española de 1978*, p. 77.)

El ICENCP de 1978 le dedicó un párrafo al concepto del estado de derecho, cuando señaló que "se caracteriza por ser un orden jurídico objetivo e impersonal que obliga por igual a gobernantes y gobernados, traduciendo así el concepto chileno de la juridicidad, de clara estirpe portaliana".

"El estado de derecho, en los términos expresados, lleva implícita la afirmación del orden jerárquico de las normas de derecho, en virtud del cual un proyecto jurídico no puede contravenir lo dispuesto por otro de rango superior y, por tanto, ninguna norma puede vulnerar o desconocer el contenido de la Constitución Política, principio conocido bajo el nombre de 'supremacía constitucional'".

"Expresión del estado de derecho es, por cierto, el que las funciones del Estado sean ejercidas, de acuerdo con la Constitución, por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de la adecuada interrelación que debe existir entre ellos, concepto esencial en una adecuada democracia".

El art. 6 de la Constitución de 1980 señala: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella".

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

"La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Por su parte, el art. 7 expresa que: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

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

"Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Tal como lo señala el profesor Enrique Evans, en su obra *Derechos Constitucionales*, T. II: "Existe estado de derecho cuando las

potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional sin que ninguna de ellas interfiera o entrase ilegítimamente en las funciones de las otras, y cuando los derechos de las personas tienen asegurado su ejercicio y cautelada su vigencia real por un Poder Judicial dotado de autonomía para resolver y hacer cumplir lo sentenciado" (p. 511).

Para el señor Evans, los artículos 6 y 7 revelan las siguientes ideas matrices:

"1. Que los artículos 6 y 7 tienen por objeto robustecer el estado de derecho y la supremacía constitucional.

2. Que los encargos y prohibiciones que contienen se refieren a todas las autoridades públicas y también a las particulares.

3. Que la sanción jurídica prevista para la infracción es la nulidad de pleno derecho, del acto antijurídico.

4. Que la antijuridicidad puede consistir en proceder al margen de la Constitución o infringiéndola; en infringir el resto del ordenamiento dictado conforme a la Constitución y en actuar sin previa investidura regular o sin facultades constitucionales o legales expresas.

5. Que, además, la autoridad infractora del ordenamiento institucional puede sufrir las sanciones que establezca la ley" (p. 523).

3. PODER CONSTITUYENTE

Messineo define el poder constituyente como una facultad de acción, que deriva del derecho originario de la colectividad a proveer a su organización política y jurídica, estableciendo e imponiendo, como regla obligatoria de conducta, una Constitución. Aclara este autor que el poder constituyente es un poder esencialmente jurídico que, por su naturaleza, está destinado a producir dar efecto al primero y más importante de los efectos jurídicos: las normas fundamentales de la vida asociada, sobre las cuales deberá fundarse el restante ordenamiento del Estado.

El poder constituyente que también puede asimilarse a la facultad que tiene una nación para darse por primera vez la organización política y social; o para que como consecuencia de una situación de anormalidad constitucional se modifique íntegramente el sistema anterior por uno nuevo, tiene características que la doctrina precisa con toda nitidez.

En efecto, el constitucionalista Maurice Hauriou, en *Precis de D. Constitucional*, pp. 210 y 288, señala:

- a) Es una especie de Poder Legislativo.
- b) Pertenece a la nación.
- c) El Poder Legislativo es constituido.

d) El poder constituyente está por sobre los anteriores poderes.

e) El poder constituyente está más cerca de la nación. El Legislativo del Estado.

Para Pablo Lucas Verdú, en *Curso de Derecho Político*, V. III, pp. 583 y 594, indica:

a) El poder constituyente es originario e inmanente.

b) Extraordinario.

c) Soberano. Sólo está sobre él el derecho natural y las reglas del derecho internacional.

d) Brota de una instancia suprema.

4. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El poder constituyente se puede clasificar en originario y en derivado.

Siguiendo una posición generalmente aceptada por la doctrina universal y en especial por Sánchez Agesta, en *Teoría Política*, pp. 349 y siguientes, éste se caracteriza por las siguientes ideas:

a) El poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior. Su fundamento es un derecho superior al positivo, e incluso la fuerza. Es una voluntad creadora del orden. Es originario.

b) Debe el poder constituyente tener eficacia actual, o sea, que quien ejerce la facultad está en condiciones de imponer por la fuerza la creación o la reforma del orden jurídico.

c) El poder constituyente es una actividad reformadora o transformadora. Siempre entraña un cambio.

5. PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Por su parte, el poder constituyente derivado se encuentra contemplado e inserto en el sistema constitucional positivo o consuetudinario vigente en el ordenamiento jurídico de los Estados. En Chile corresponde al poder contemplado en los arts. 116 y siguientes de la C.P. En los EE.UU., al poder que tiene el Congreso, el Presidente de la República y las legislaturas de los Estados, para reformar la Constitución.

El poder constituyente derivado en la doctrina universal, presenta las siguientes características, expuestas certeramente por Sánchez Agesta, en la obra ya citada, p. 353.

a) La legitimidad emana de la misma Constitución que la ha de reformar.

b) No se funda en antecedentes extraños al orden legal como en el poder originario. Su eficacia es el derecho existente.

c) Se encuentra en un caso original de supraordinación y subordinación respecto al

derecho establecido. No es anterior a todo derecho pero a su vez domina la Constitución incluso para reformar las normas que permiten la reforma de las cartas.

6. CONCEPTO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Supremacía material y formal

El profesor George Burdeau, en *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, pp. 107 y 108, efectúa las siguientes consideraciones con respecto a la supremacía de la Constitución: el concepto de supremacía material; sus consecuencias; supremacía formal y la consecuencia de la rigidez constitucional.

La supremacía de la Constitución

Sea escrita o consuetudinaria, la Constitución es la ley suprema del Estado. Veamos primero en qué consiste esta supremacía y cómo está establecida. Examinaremos, en la sección siguiente, cómo puede ser eficazmente sancionada.

I. En qué consiste la superioridad de las leyes constitucionales

La fuerza atribuida a las disposiciones constitucionales debe verse bajo dos aspectos. Siempre les viene dada por su contenido (supremacía material) y a veces por la forma en que son promulgadas (supremacía formal).

I. La supremacía material

Fundamento

Se basa en que todo el orden jurídico reposa en la Constitución. Siendo el origen de toda actividad jurídica que se desarrolle en el Estado, es necesariamente superior a todas las formas de esta actividad, ya que de ella, y sólo de ella, reciben su validez. Es, en el sentido propio de la palabra, la norma fundamental.

De modo más preciso, la superioridad material de la Constitución resulta de que organiza las competencias. En efecto, creadora de las competencias, es necesariamente superior a las autoridades investidas de ellas. Por consiguiente, éstas no podrían ir contra la Constitución sin despojarse al mismo tiempo de su título jurídico. A la pregunta de si el príncipe o una asamblea podrían modificar las leyes fundamentales del Estado, ya Vattel respondía. "¿Es de la Constitución de donde arranca el poder de estos legisladores? ¿Cómo podrían cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?".

Consecuencias

Esta superioridad que la Constitución debe a su contenido lleva consigo consecuencias importantes:

Primero, asegura, respecto de los particulares, un refuerzo de la legalidad, pues si todo acto contrario a la ley debe considerarse desprovisto de valor jurídico, *a fortiori*, lo mismo pasará con un acto que viole la Constitución. Si este acto emana de los gobernantes, igualmente debe ser considerado inválido. El problema se reduce a saber cómo ha de organizarse en la práctica esta posible confrontación entre la actividad gubernamental y las reglas constitucionales.

II. La supremacía formal

Constituciones rígidas y flexibles

La autoridad reforzada que la Constitución debe a su contenido exige, lógicamente, una consagración formal. En este sentido ya la redacción de la Constitución exterioriza la fuerza particular que se da a sus disposiciones. Pero esta garantía es todavía insuficiente y por eso se ha imaginado, para hacerla más eficaz, la subordinación de la elaboración y de la modificación de los textos constitucionales al respecto de ciertas condiciones de forma más difíciles. Así ha nacido una nueva distinción entre las constituciones, la que separa las constituciones rígidas de las flexibles. Es una distinción puramente formal que se refiere a las materias de las que se ocupa la Constitución, sino sólo a las formas particulares de su elaboración.

Se dice que una Constitución es rígida cuando está dotada de una cierta inmutabilidad derivada de los procedimientos especiales que hay que observar para su modificación. Prácticamente, la Constitución será rígida cuando sólo pueda modificarse de formas distintas a las válidas para la confección de las leyes ordinarias. La rigidez implica, pues, grados en función de la mayor o menor dificultad del procedimiento que debe seguirse para la revisión de los textos constitucionales.

Hay, al contrario, Constitución flexible cuando no hay forma especial de revisión, sea escrita o consuetudinaria. Una Constitución consuetudinaria puede perfectamente ser rígida, como lo prueban las leyes fundamentales de la antigua monarquía francesa. Aunque consuetudinaria, no hubieran podido ser modificadas por el legislador ordinario (el rey actuando solo), sino en virtud de un acuerdo entre el rey y los Estados generales. Y, al revés, puede haber una Constitución escrita y flexible. Por ejemplo, las Cartas de 1814 y de 1830.

Leyes constitucionales y leyes ordinarias

Sólo en el caso de rigidez constitucional se puede hablar de supremacía formal de la Constitución. En los países con Constitución flexible, la distinción entre las leyes ordinarias no lleva consigo ninguna consecuencia jurídica, aparte de la que implica la superioridad material de las primeras. Al contrario, la previsión de un modo especial de revisión constitucional origina la distinción de dos categorías de leyes: leyes ordinarias y leyes constitucionales.

Y esta distinción descansa no en el objeto, el contenido de la ley, sino en la forma en que se ha hecho y en que deberá ser modificada, en los procedimientos requeridos para su confección.

La solución, generalmente admitida, que es, en efecto, la correcta, es que la forma debe decidir. Cuando una norma, aunque sea completamente extraña a la organización política del país, ha sido dictada en forma constitucional, debe considerarse con valor de ley constitucional, con todas las consecuencias que esto supone.

2. Las consecuencias de la rigidez constitucional

La razón de ser de las constituciones rígidas es dar mayor estabilidad a las normas incluidas en la Constitución. Pero, por supuesto, no podría pretenderse una inmutabilidad absoluta, que sería un absurdo desde el punto de vista político. La experiencia política enseña un relativismo más matizado. Todo lo que se puede razonablemente exigir es que el establecimiento y la revisión de las constituciones se preservan de un arrebato pasajero. Este resultado se alcanzará si la intervención de formas especiales, más difíciles de poner en movimiento, son una garantía de que el acto se ha realizado con la reflexión y la ponderación deseable.

7. CONSAGRACION EN LA C.P. CHILENA DE ESTOS PRINCIPIOS

a) *La C.P. fue aprobada por plebiscito el 11.9.80*

Se trató, por consiguiente, del ejercicio del poder constituyente originario. Ninguna asimilación, conexión o derivación se puede establecer entre la Constitución de 1925 y la actualmente vigente. Los sucesos de septiembre de 1973 fueron una anomalía constitucional que abrogó la C.P. de 1925. Como dice C. Schmitt, "destrucción de la Constitución".

b) *Los arts. 6º y 7º ya transcritos*

Estos artículos son disposiciones esenciales en orden a la consagración de la supremacía constitucional por sobre el resto del ordenamiento jurídico.

No existe órgano, institución, persona o grupo que no esté obligado por los preceptos de la Constitución y por las normas dictadas conforme a ella.

En Derecho Público sólo puede hacerse lo que la ley permite, principio consagrado en el art. 7º de la C.P.

c) *Mecanismos de reforma constitucional*

Como se demostrará en algunos párrafos posteriores, el capítulo XIV de la Constitución lleva como título "Reforma de la Constitución". Arts. 116, 117 y 119.

No existe ningún otro mecanismo para reformar, enmendar, cambiar, adicionar, etc., la Constitución Política, que no sea mediante este método contemplado por el propio poder constituyente derivado. Como ya se dejó establecido en los capítulos anteriores, la Constitución sólo puede ser modificada y adicionada mediante estos procedimientos más agravados que la simple dictación de una ley.

La doctrina chilena no discute ni pone en duda la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, incluido los tratados. Citamos a Enrique Evans, en obra ya mencionada. "Por su naturaleza, la Constitución es la norma positiva de mayor autoridad. Ello supone la existencia del siguiente orden jerárquico de las reglas de derecho.

1. La Constitución.
2. Las leyes y los tratados internacionales promulgados y publicados en el país.
3. Los decretos con fuerza de ley.
4. Los reglamentos emanados del Presidente de la República para hacer cumplir las leyes.
5. Los decretos supremos, y
6. Los actos y resoluciones de las autoridades políticas y administrativas.

Teóricamente, y conforme a este ordenamiento jerárquico, los decretos, los reglamentos y las resoluciones de cualquier órgano de autoridad no pueden contener nada contrario a los decretos con fuerza de ley, a los tratados y a las leyes y éstos no pueden infringir la Constitución. El orden jerárquico, primera base de la supremacía constitucional, limita, por consiguiente, el ámbito de contenido de las normas de derecho, al someter a las de inferior valor a la superioridad de las de mayor jerarquía y, en último término, a todas ellas a la Constitución. Luego, ningún acto administrativo, el instituto de menor jerarquía,

puede infringir los reglamentos, la ley o la Constitución, bajo sanción, como veremos, de nulidad”.

8. PLANTEAMIENTO DE LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SON INTEGRANTES DE LA C.P.

El art. 5º de la C.P. 80, en su texto actual reformado en julio de 1989, dice:

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

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5º C.P.).

Algunos profesores y estudiosos han intentado demostrar que la incorporación en el Derecho chileno de diversos tratados, que se refieren a los derechos humanos, constituiría, de por sí, otorgarle a esos tratados una categoría similar a la norma constitucional. En especial, se ha dicho, por ejemplo, que: “el desconocimiento del tratado, ley o decisión judicial por medio de los cuales se institucionalizan derechos humanos, puede, eventualmente, derivar en una infracción de la Constitución, de acuerdo con lo explicado en los puntos precedentes.

Que la inconstitucionalidad que eventualmente puede generarse por la infracción, modificación o derogación de las normas por medio de las cuales se institucionalizan derechos humanos no obedece a que el tratado, la ley o la resolución judicial, según los casos, hayan cambiado especialmente su naturaleza normativa y adquirido el rango de la norma constitucional originaria o derivada, sino al hecho de que dicha infracción, modificación o derogación afecta o puede llegar a afectar los preceptos constitucionales de los que arranca la validez y eficacia jurídica de las fuentes normativas institucionalizantes (artículos 1º y 5º inc. 2º principalmente)”. Ver elementos para la interpretación del art. 5º inc. 2º de C.P. 80, de Salvador Mohor. Rev. Temas de Derecho, U. Gabriela Mistral, Vol. VII, enero-junio 1992, p. 163.

Se ha creído por algunos que la expresión respetar y promover los derechos, que señala

el art. 5º inciso 2º, involucraría darle rango de jerarquía constitucional a los tratados que estudian la misma materia.

Es frecuente leer, escuchar en entrevistas, foros, etc., que se sostenga que los Tratados de Derechos Humanos tendrían igual jerarquía normativa que la Constitución.

9. MANERA UNICA PARA REFORMAR LA C.P. CHILENA

Debemos afirmar enfáticamente que la C.P. de 1980 es una Constitución escrita, suprema, semirrígida, que contempla una forma única, exclusiva y excluyente de reforma de la misma. Es imposible buscar normas, interpretaciones, ni otros métodos que no sean estricta y precisamente aquellos que contempla el capítulo 14, denominado Reforma de la Constitución. En efecto, transcribamos el texto de la Constitución:

“Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 62.

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayera sobre los capítulos I, III, VII, X, XI o XIV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Será aplicable a los proyectos de reforma constitucional el sistema de urgencias” (art. 116 C.P.).

“Las dos Cámaras reunidas en Congreso Pleno y en sesión pública, con asistencia de la mayoría del total de sus miembros, sesenta días después de aprobado un proyecto en la forma señalada en el artículo anterior, tomarán conocimiento de él y procederán a votarlo sin debate.

Si en el día señalado no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará al siguiente con los diputados y senadores que asistan.

El proyecto que apruebe la mayoría del Congreso Pleno pasará al Presidente de la República.

Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y éste insistiere en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por el Congreso, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda de acuerdo con el artículo anterior y se devolverá al Presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

La ley orgánica constitucional relativa al Congreso regulará en lo demás lo concerniente a los vetos de los proyectos de reforma y a su tramitación en el Congreso" (art. 117 C.P.).

"La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contado desde la publicación de dicho decreto. Transcurrido este plazo sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso.

El decreto de convocatoria contendrá, según corresponda, el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente por el Presidente de la República, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido. En este último caso, cada una de las cuestiones en desacuerdo deberá ser votada separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador comunicará al Presidente de la República el resultado del plebiscito, y especificará el texto del proyecto aprobado por la ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación.

Una vez promulgado el proyecto y desde la fecha de su vigencia, sus disposiciones formarán parte de la Constitución y se tendrán por incorporadas a ésta" (art. 119).

No es el momento de efectuar un análisis jurídico completo de la hermenéutica constitucional que consagran los artículos citados. Más cabe ponderar y considerar que estas disposiciones son las clave, o el cerrojo de la

Constitución. Quiérase o no, se esté de acuerdo o no, toda modificación, alteración, cambio, agregación, añadido, que innove la redacción, el lenguaje y la estructura de la Constitución, deberá pasar necesariamente e indispensablemente y más aún imprescindiblemente por las etapas procesales constitucionales que en forma clara, precisa y sin discusiones, contempla nuestra Constitución.

Por lo demás esto es algo tan indiscutible, evidente, paladino y obvio, que por sabido se calla, aunque para algunos por callado se olvida.

El actual Congreso Nacional en vigencia desde el 11 de marzo de 1990, como Su Excelencia el señor Presidente de la República, también dirigiendo el país desde esa fecha, así como todos los órganos del Estado, jamás, nunca, han puesto en duda o discutido la necesidad de atenerse estrictamente al capítulo que comentamos, para modificar, derogar, agregar, añadir, o cambiar algún precepto de la Constitución.

Las dos últimas reformas constitucionales, efectuadas por el actual Congreso Nacional (1990-1994) y el Presidente de la República, actuando como poder constituyente derivado, lo comprueban en forma palmaria.

En efecto, se reformó el artículo 9º de la Constitución, en materia de terrorismo, por la ley de reforma constitucional N° 19.055 del 1 de abril de 1991.

Mediante ley de reforma constitucional N° 19.097 del 12 de noviembre de 1991, se reformaron numerosas disposiciones relativas al gobierno y administración interior del Estado, entre otras disposiciones.

Además, a la fecha de escribir estas notas (julio de 1993) hay más de 10 proyectos de reforma constitucional, que se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional, con el objeto de modificar más de 40 disposiciones de su texto.

En conclusión, en este punto, no se nos puede decir ni argumentar que en lógica jurídica pueda existir una manera diferente para reformar la Constitución que no sean los procedimientos que ella misma contempla en forma clara y concreta. Todo lo demás que se diga es argumentación sin fundamento, sin ninguna base jurídica, y, en consecuencia, será irrelevante.

Conviene reproducir lo que la C.E.N.C.P. señalaba en su informe, el que figura en Rev. Chilena de Derecho N° 1-6, enero-diciembre 1981, pp. 313 a 314.

"Para que un país tenga la estabilidad necesaria que haga posible su progreso, debe contar con una Carta Fundamental en que las normas básicas de la estructura de la sociedad estén lo suficientemente protegidas, de mane-

ra que no se puedan cambiar periódicamente por mayorías transitorias u ocasionales.

Aunque puede ser discutible la clasificación, los comentaristas del Derecho Constitucional dividen las constituciones, desde el punto de vista de su reforma, en rígidas y flexibles. Las primeras requieren para su enmienda de órganos, métodos o formalidades especiales, y las segundas se caracterizan porque pueden ser modificadas por los procedimientos legislativos ordinarios.

En general, ha predominado el primer tipo de constituciones en la mayoría de los países.

La Constitución de 1925 modificada en esta parte en 1970, establecía que la reforma de sus disposiciones se sometería a las tramitaciones de un proyecto de ley, pero que debería ser aprobada en cada Cámara con el voto de la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio; que dicho proyecto debiera ser ratificado sesenta días más tarde por la mayoría del Congreso Pleno; y que el Presidente de la República sólo podría vetarlo para promover modificaciones o correcciones, pudiendo finalmente consultar a los ciudadanos mediante un plebiscito cuando el proyecto de reforma constitucional presentado por él fuere rechazado totalmente por el Congreso, en cualquier estado de su tramitación, o éste hubiere rechazado total o parcialmente sus observaciones.

La Comisión introduce algunas modificaciones de importancia al sistema de reforma de la Carta Fundamental contemplado en la Constitución de 1925".

10. TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

En los últimos años se han promulgado numerosos instrumentos internacionales que se refieren a la materia de los derechos humanos. Sin perjuicio de que hay numerosos otros, es importante destacar los que siguen:

- a) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha*

Publicado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, el Presidente de la República, previo cumplimiento de los trámites legales, dispuso y mandó que se cumpliera y llevara a efecto en todas sus partes, como ley de la República. En ningún momento se dijo como Constitución.

- b) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969*

Se publicó en el Diario Oficial del 27 de mayo de 1989, y se ordenó cumplir y llevar a efecto como ley de la República.

- c) *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984*

Publicada en el Diario Oficial de 29 de noviembre de 1988, la que también se mandó cumplir como ley de la República.

- d) *Convención sobre los Derechos del Niño*

Esta fue publicada en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, y el actual Presidente de la República dispuso y mandó que se cumpla y lleve a efecto como ley.

- e) *Convención americana sobre Derechos Humanos denominada Pacto de San José de Costa Rica*

Publicada en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991, previa aprobación por el Congreso, el Presidente de la República dispuso y mandó que se cumpliera esta Convención, en todas sus partes, publicándose como ley de la República.

Hay otros instrumentos en esta materia, que no vale la pena mencionar por ahora.

11. CONVENCION DE VIENA SOBRE LOS TRATADOS VIGENTES EN CHILE

Publicada en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981, esta Convención forma parte del ordenamiento jurídico chileno, en su calidad de ley de la República, y tiene por objeto regular las definiciones, principios generales, elementos esenciales que rigen en materia de derecho internacional público, la vigencia de los tratados.

En el fondo se trata de una codificación, con el objeto de contribuir a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas. En consecuencia, y considerando de que los tratados de derechos humanos no son más que tratados, para su interpretación, alcances, vali-

dez, etc., debemos atenemos a lo que señala esta Convención, tanto por lo dispuesto en el art. 20 del C. Civil como por ser la Convención sobre el derecho de los tratados una ley de la República.

Interesa transcribir, para la mejor claridad de este trabajo, algunas disposiciones de esta Convención, con las cuales explicaremos mejor nuestras conclusiones. Dispone la Convención, en algunos de sus acápite:

"La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados" (art. 1).

"1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b) se entiende por 'ratificación', 'aceptación', 'aprobación' y 'adhesión', según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado" (art. 2).

"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (art. 26).

"Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo" (art. 29).

Como puede apreciarse, la Convención regula todo lo relativo a la hermenéutica de los tratados y en especial a la ratificación del mismo, ya que la promulgación y la publicación son trámites de derecho interno chileno.

Todo tratado es producto de negociaciones bilaterales o multilaterales, que requieren capacidad de las partes, poderes de las personas que negocian, consentimiento en obligarse mediante la firma, posterior ratificación, aceptación o aprobación o adhesión, para posteriormente pasar a formar parte del derecho interno, una vez llevado a cabo las negociaciones y trámites previos e indispensables.

Cumplidos todos los requisitos internacionales y nacionales, el tratado tiene en Chile la misma fuerza, vigor, poder y valor que una ley producto de los poderes colegisladores, y por ello debe ser aplicado como tal por los órganos del Estado.

12. ENMIENDA Y MODIFICACION DE LOS TRATADOS

Es interesante destacar que los tratados, de conformidad a la Convención de Viena, pue-

den ser enmendados o modificados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 y siguientes, normas que difieren absolutamente de la modificación, derogación o innovación de una ley.

"Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa (art. 39).

13. NULIDAD, TERMINACION Y SUSPENSION DE LA APLICACION DE LOS TRATADOS

Igualmente, de acuerdo a esta Convención de Viena, los tratados tienen sus propias normas relativas a la nulidad, terminación y suspensión, disposiciones que difieren categóricamente de la manera de derogar o poner término a normas constitucionales o legales internas de Chile. Examinemos lo que dice la Convención de Viena.

"1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.

"2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado" (art. 42).

Creemos que no es necesario mayores comentarios ante la claridad y evidencia de los textos transcritos, para demostrar una vez más las claras diferencias con las normas constitucionales o las leyes internas del país.

14. ATRIBUCIONES ESPECIALES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN MATERIA DE RELACIONES INTERNACIONALES

El capítulo IV de la Constitución trata del gobierno y, en especial, del Presidente de la República, arts. 24 y siguientes.

Comienza el capítulo indicando que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad exterior de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes".

El Presidente de la República, en consecuencia, es el Jefe del Estado. Conduce, ade-

más, el gobierno de la República y entre sus atribuciones especiales está la señalada en el art. 32 N° 17°, que textualmente precisa: "Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere".

El texto constitucional actual difiere de lo que la Constitución de 1925 señalaba en su art. 72 N° 16, y también difiere sustancialmente del texto de la Constitución de 1833.

Actualmente se ha contemplado con toda precisión, la facultad de negociar, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país. La calificación de la conveniencia es una atribución exclusiva y especial del Presidente.

Este conduce las relaciones políticas con las potencias extranjeras. El Congreso Nacional aprobará o desechará los tratados que se le presenten para su aprobación.

La Corte Suprema de Justicia, en tres fallos similares, ha señalado la siguiente doctrina:

"Corresponde al Presidente de la República —de acuerdo con la Constitución (art. 32 N° 17°)— conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y siendo los ministros del Estado colaboradores directos e inmediatos suyos en el gobierno y administración del Estado, el Ministro de Relaciones Exteriores ha podido interpretar la Convención sobre Ejercicio de Profesiones Liberales suscrita entre los gobiernos de Chile y Uruguay, por lo que no resulta exacta la alegación según la cual la función que incumbe al referido ministro es sólo la de inscribir los títulos en el registro correspondiente". (C. Suprema, 7 noviembre 1985, R., t. 82, sec. 5ª, p. 238). (C. Suprema, 5 enero 1987, R., t. 84, sec. 5ª, p. 11). (C. Suprema, 6 julio 1988, R., t. 85, sec. 5ª, p. 172).

En conclusión, el Presidente de la República es quien tiene la iniciativa primordial de la conducción de las relaciones políticas con las potencias extranjeras y, en especial, lo relativo a la gestación, conclusión, firma y ratificación de los tratados.

Como puede advertirse, esta atribución especial, ninguna relación o asimilación tiene con las atribuciones del mismo Presidente, cuando actúa integrado al poder constituyente establecido en el art. 116 y siguientes de la C.P.

15. ATRIBUCIONES EXCLUSIVAS DEL CONGRESO EN MATERIA DE TRATADOS

Concordante con lo dispuesto en el art. 32 N° 17°, ya explicado anteriormente, está el art. 50 de la C.P., que consagra como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación.

Dispone el art. 50 N° 1: "Son atribuciones del Congreso:

1. Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61".

Por consiguiente, el Congreso tiene como atribución exclusiva la siguiente:

- a) Aprobar un tratado.
- b) Desechar un tratado.
- c) La presentación para su aprobación le compete exclusivamente al Presidente de la República.
- d) Esta presentación debe hacerse antes de su ratificación, o sea, en forma previa.
- e) La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley. En consecuencia, hay que estarse a lo previsto en los arts. 62 y siguientes de la misma C.P.

f) Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor, no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de una materia propia de ley.

g) Y lo que es más excepcional, en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, el Congreso podrá autorizar al Presidente de la República, a fin de que durante la vigencia de él, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento. Se aplicará en esta ocasión lo dispuesto en el art. 61 de la C.P.

h) En consecuencia, el acuerdo aprobatorio, se estima por la propia Constitución, que es una delegación legislativa para la

dictación del DFL. Circunstancia doblemente excepcional, considerando que la delegación de facultades es de por sí de excepción. A mayor abundamiento, el acuerdo aprobatorio de un tratado no es en sí mismo una ley sino que, como la propia Carta lo dice, un acuerdo para cuya aprobación se someterá a los trámites de una ley.

Con posterioridad a la aprobación por el Congreso, el tratado será ratificado para ser finalmente promulgado y publicado en el Diario Oficial de la República, oportunidad que marca la vigencia interna obligatoria del mismo de acuerdo al art. 6º del C. Civil.

Nuestra Corte Suprema en repetidas oportunidades ha señalado que los tratados son verdaderas leyes. Así en la siguiente sentencia: "La exigencia constitucional de que intervengan en la aprobación de los tratados los cuerpos legislativos, hace que sean verdaderas leyes, ya que en su generación, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley". (C. Suprema, 25 octubre 1913, R., t. 12, sec. 1ª, p. 94).

Tal como ha dicho el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en "Tratado de Derecho Constitucional", T. III, p. 377: "En nuestro Derecho Constitucional el reconocimiento de la fuerza legal de los tratados resulta evidente si se considera que, sometidos a la aprobación del Congreso prestada según los trámites de una ley, y ratificados por el Presidente de la República, son los propios órganos colegisladores los que han intervenido en el proceso de su perfeccionamiento".

A manera de conclusión en este capítulo, podemos señalar que un tratado aprobado por el Congreso Nacional, conforme a los trámites de una ley, adquiere la categoría de tal, esto es, de una ley, definida en el art. 1º del C. Civil, o si se quiere, en el art. 60 Nº 20 de la misma Carta Fundamental.

Pero en ningún caso se le puede dar otra característica, jerarquía o nivel jurídico que el que hemos señalado.

Ni siquiera se trata de una ley orgánica constitucional, o de una ley interpretativa de la Constitución ni de una ley de quórum calificado, todas las cuales, de conformidad con el art. 63 de la C.P., exigen quórum especiales más elevados que la ley corriente, que no se exigen en la aprobación de un tratado sometido a la aprobación del Congreso.

Aún más se puede dar perfectamente la situación y, como ocurre en la realidad, que los tratados contengan materias que normalmente serían reservadas a la ley orgánica o a la de quórum calificado. Y, sin embargo, el tratado sólo requerirá los trámites de una simple ley.

Por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica contiene en el art. 8 materias relativas a las garantías judiciales, que, de conformidad al art. 74 de la Constitución, podrían ser reservadas a la ley orgánica.

El art. 23 se refiere a los derechos políticos, que podrían estimarse como comprendidos en el sistema electoral público que consagra el art. 18 de la Constitución, como reservado a una ley orgánica constitucional.

Y los ejemplos se pueden multiplicar innumerablemente.

Debe recordarse que las normas básicas de la tramitación interna de los proyectos de ley se regulan en el Título II de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, del 6 de febrero de 1990, arts. 12 y siguientes.

Los tratados que se han aprobado por el Congreso Nacional en los últimos años, y que son numerosos, se han sujetado íntegramente a estos trámites.

16. FACULTADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO A UN TRATADO

El Tribunal Constitucional originario de la Constitución de Austria, de 1920, en gran parte, obra del gran jurista Hans Kelsen, se recogió por el Derecho Público Chileno, a la C.P. de 1925, por la reforma constitucional de 1970.

Actualmente el Capítulo VII de la C.P. de 1980 trata del Tribunal Constitucional.

El art. 82 Nº 2º dispone que son atribuciones del tribunal constitucional:

"Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

Como puede apreciarse, el texto constitucional consagra la institución que la doctrina internacional define como "cuestiones de constitucionalidad".

Se trata de verdaderos pleitos constitucionales que evidentemente difieren diametralmente de la estructura de los pleitos civiles y criminales.

Una cuestión de constitucionalidad es una divergencia, una pugna, un desacuerdo de criterios con respecto a que si una ley o un tratado está o no de acuerdo al texto constitucional vigente.

No debemos olvidar que la supremacía constitucional, desarrollada en capítulos anteriores, nos indica que la Constitución desde un punto de vista material es superior al resto del ordenamiento jurídico. O como dice Burdeau,

todo el orden jurídico reposa en la Constitución.

Es atribución primordial y fundamental del Tribunal Constitucional velar por la supremacía material y formal de la C.P. Este es el objeto de su establecimiento en nuestro Derecho Público.

Tal como lo dijo la C.E.N.C.P., en revista ya citada, pp. 284 a 285: "Casi todas las constituciones, puede decirse, dictadas en los últimos treinta años contemplan la existencia de un Tribunal Constitucional llamado a velar por el principio de la supremacía de la Carta Fundamental y a resolver los conflictos de carácter jurídico-constitucional que surjan entre los diversos órganos del Estado y, especialmente, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

La Comisión, concordante con estos principios, propone en el anteproyecto la creación de un Tribunal Constitucional, pero con una integración distinta y atribuciones más amplias del que conocimos y que tuvo su origen en la reforma constitucional de 1970.

La naturaleza y trascendencia de la función que está llamada a cumplir exigen que la composición del Tribunal tenga un carácter eminentemente jurídico y no político, error este último en el que incurrió la reforma citada, al crear un tribunal en el que la mayoría de sus miembros tenía un origen marcadamente político. Esta fue, también, la razón del fracaso y desprestigio de ese Tribunal.

El criterio que sustentamos se hace todavía más necesario si se consideran las importantes atribuciones que el anteproyecto entrega a ese órgano jurisdiccional, las que sólo pueden recaer en Magistrados de gran solvencia moral e idoneidad y que constituyan, por lo mismo, la máxima garantía para el país".

Como se ha señalado, el Tribunal resuelve de conformidad al art. 82 N° 2° tres tipos de cuestiones:

a) Las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley.

b) Las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional.

c) Las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un tratado sometido a la aprobación del Congreso.

Las cuestiones se ventilarán de acuerdo al art. 82 de la C.P., y a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 17.997, del 19 de mayo de 1981, arts. 38 y siguientes.

No es el instante de referirnos al procedimiento de una cuestión de constitucionalidad, por ser ajeno a la materia de este trabajo.

Sin embargo, podemos concluir y precisar en este capítulo las siguientes observaciones:

1. El tribunal constitucional vela por la supremacía constitucional de las leyes y de los tratados. Además, de que se observe el procedimiento de las reformas constitucionales.

2. Estas facultades y atribuciones están demostrando que un tratado está por debajo de la Constitución. Está en una categoría o jerarquía que no es igual a la norma fundamental. Está subordinado a la Constitución. Está por debajo de la Constitución y jamás un tratado podría infringir el texto constitucional, ya que tal hipótesis sería destruir y desquiciar la unidad de la Constitución.

3. Por esto es por lo que el constituyente consagró la posibilidad de que en el Congreso Nacional se pudieren formular cuestiones de constitucionalidad con respecto a un tratado antes de la promulgación del mismo. Estas cuestiones podrán ser formuladas por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

4. Es absurdo, en la más elemental lógica, suponer que un tratado pudiere tener la jerarquía de la Constitución, si el propio tribunal llamado a velar por la supremacía constitucional, puede señalar que un tratado o una parte de él es inconstitucional.

5. De conformidad con el inciso 2° del art. 83, las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare como inconstitucionales, no podrán convertirse en ley en el proyecto respectivo, y evidentemente que si lo mismo se ha dicho de un tratado, éste no podrá convertirse en norma obligatoria del ordenamiento jurídico chileno, si planteada una cuestión de constitucionalidad, ésta ha sido acogida por el Tribunal Constitucional.

6. Así las cosas, entonces, debemos concluir que un tratado es una ley. Constitucionalmente se trata de una norma que ha sido aprobada conforme a los trámites de una ley. Aún más, a una ley simple, esto es, que se aprueba con un quórum normal.

7. El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 49, de fecha 21 de diciembre de 1987, tuvo ocasión de estudiar el tema al que me estoy refiriendo en los considerandos 25, 26, 27 y 28, los que por su claridad y precisión transcribo a continuación:

"El artículo 8° de la Constitución y la Declaración de Derecho Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

25) Que se sostiene luego en la contestación al requerimiento que el artículo 8° de la Constitución es intrínsecamente ilegítimo, porque infringe los artículos 18 y 21 de la De-

claración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los artículos 18 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, instrumentos ratificados por Chile, los cuales, según el requerido, están incorporados en el ordenamiento jurídico nacional.

26) Que la argumentación del señor Almeyda en este orden de ideas plantea diversas cuestiones jurídicas, tales como la incorporación de aquellos instrumentos internacionales en el orden positivo interno; la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el punto de si el artículo 8º de la Constitución efectivamente infringiría los señalados instrumentos internacionales y, en fin, determinar la norma que debe prevalecer en el derecho interno ante una eventual contradicción entre una regla de Derecho Internacional convencional y un precepto de la Constitución Política de la República.

27) Que, sin embargo, resulta inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del artículo 8º de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, "sobre la base del derecho nacional correspondiente" (Principios de Derecho Internacional Público, p. 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6, 32, Nº 17, 50, Nº 1 y 82 Nº 2, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

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 significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 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".

En términos similares se pronunció la Excm. Corte Suprema, en los fallos, cuya doctrina a continuación se reproduce, publicados en Fallos del Mes, Nº 356, de julio de 1988, en los cuales el autor de estas líneas fue abogado patrocinante de esos recursos.

"Que tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio están expresamente amparadas con un recurso establecido en la pro-

pia 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 de ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal no puede disponer más allá de la Constitución, que se reconoce universalmente como "la suprema ley" (Cons. 13).

"Que conforme lo que se ha expuesto en los motivos anteriores, el ejercicio de un recurso jurisdiccional de carácter constitucional como es el de protección, a fin de obtener el amparo por la privación, perturbación o amenaza de los deberes y garantías constitucionales que quedan comprendidas en el ámbito de dicho recurso, no puede quedar sin aplicación respecto de funcionarios diplomáticos, atendido que lo dispuesto en la Carta Fundamental prevalece respecto de prerrogativas establecidas en tratados internacionales que conforman el ordenamiento jurídico regular" (Cons. 17).

La Excm. Corte Suprema en la causa Rol 12.419, en sentencia del 21 de julio de 1988, en los considerandos 13 y 14, reprodujo exactamente los mismos considerandos anteriores. Se trataba de un recurso de protección deducido por la Sociedad Benefactora y Educacional "Dignidad" en contra del Cónsul de la República Federal de Alemania, en la ciudad de Concepción, don Horst Kriegler.

17. CORTE SUPREMA. RECURSO DE INAPLICABILIDAD Y TRATADOS INTERNACIONALES

Es sabido que la C.P. de 1925 introdujo como novedad en nuestro Derecho Constitucional el denominado Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Su art. 86 lo consagró. En la C.P. de 1833 éste no existió, ya que su art. 164 sólo autorizaba al Congreso resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de sus artículos. A contar de 1925, sólo la Corte Suprema puede declarar para un caso concreto (juicio-gestión) inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso es una clara excepción al principio de la separación de los poderes, consagrada por Montesquieu en su *Espíritu de las Leyes*, y por nuestra constituciones políticas.

Nuestro sistema constitucional contempla el sistema de garantías judiciales generales y especiales para velar por la supremacía de la Constitución, y en particular, por la constitucionalidad de las leyes. Así el Tribunal Constitucional, generalmente, tiene el control previo, salvo la excepcional situación de los DFL.

La Corte Suprema de Justicia tiene entre sus atribuciones la de velar por la constitu-

nalidad de las leyes, una vez que éstas hayan entrado en vigencia.

En efecto, dispone el art. 80 de la Constitución:

"La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".

Se trata de un recurso que debe fundamentarse en un vicio de fondo. Que tiene que haber una gestión pendiente ante otro tribunal o ante la propia Corte.

Que el precepto legal que se pretenda aplicar sea contrario a la Constitución. En el concepto de precepto legal están incluidas las leyes propiamente tales, los DFL, los DL y los tratados.

Ninguna discusión puede existir con respecto a la procedencia con relación a los DL, y a los DFL, ya que una jurisprudencia sin variaciones así lo señaló desde 1925 en adelante. Este es un tema ajeno a estos comentarios.

Tampoco hay discusión con relación a la procedencia del recurso de inaplicabilidad, respecto de un tratado actualmente vigente, y que vaya a tener aplicación en la gestión, con relación a la cual se promueve.

Ya hemos dicho que la Corte Suprema y la doctrina unánime han señalado que un tratado es una ley.

Es conveniente citar a don Alejandro Silva Bascuñán, en su obra ya referida, p. 443, quien, comentando el tema, precisa: "La disposición contenida en un tratado internacional suscrito, aprobado y ratificado, ¿importa precepto legal a cuyo respecto pueda interponerse un recurso de inaplicabilidad?"

Nuestros tratadistas, sin discrepancia, sostienen que el tratado es una verdadera ley.

La fórmula de su promulgación determina, por lo demás, que se cumplan y lleven a efecto los tratados como ley de la República. Así lo sostuvo, como se recordó, la Corte Suprema ya bajo el imperio de la Constitución precedente.

Intervienen en su elaboración los dos órganos colegisladores —Presidente de la República y ambas Cámaras—, pero se aprueban por el Congreso mediante acuerdos, en razón de formar parte de sus atribuciones exclusivas, aunque tales acuerdos tienen en el Congreso los mismos trámites de una ley (art. 43).

La Constitución, por otra parte, no exige en el Art. 86 que se trate del precepto de una

ley, sino que de un principio legal, y ha de entenderse que tal expresión comprende toda regla que tenga valor de ley, aunque formalmente no se contenga en un cuerpo jurídico así llamado. Tienen, pues, las disposiciones de los tratados jerarquía equivalente a la ley, aunque su materia puede no ser siempre de aquella naturaleza que se comprenda entre los asuntos que son de ley para los efectos de la formalidad en la ordenación interna".

En términos similares, opina Carlos Estévez Gazmuri, en su obra "Elementos de Derecho Constitucional Chileno", p. 291: "Los tratados internacionales son verdaderas leyes que obligan no sólo al Estado que los ha suscitado sino a todos los habitantes de la República. Algunos imponen cargas de carácter pecuniario que comprometen la responsabilidad futura de la nación. De aquí que la Constitución exige que los tratados antes de su ratificación se presenten a la aprobación del Congreso".

En repetidas oportunidades la Corte Suprema ha dicho que "toda Constitución importa una ley fundamental que debe ser respetada por el legislador al aprobar una determinada ley. Este es un marco o límite que está fijado por la Constitución vigente en el momento de dictarse una norma legal, pero si una ley contiene preceptos contrarios a una Carta Fundamental dictada con posterioridad, las disposiciones de ésta derogan las de aquella en lo que se contraponga al nuevo texto de la Constitución. Por tanto, la materia de que una ley anterior sea contraria a una Constitución posterior no es propia del recurso de inaplicabilidad, sino que se trata de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores".

En las Actas de C.E.N.C.P. quedó expresa constancia que el recurso de inaplicabilidad se establecía para velar por el principio de la supremacía constitucional. Y no puede quedar duda alguna de que los tratados, siendo leyes, están sujetos a la posibilidad de ser objetos de un ataque por la vía de la inaplicabilidad, cuando éstos pudieren ser aplicados en una gestión y se estimaren que son inconstitucionales.

No debe olvidarse lo resuelto en innumerables fallos por la Corte Suprema, con relación a la finalidad del recurso de protección.

"Para su decisión sólo corresponde efectuar una comparación concreta y objetiva entre preceptos constitucionales y disposiciones legales que se representan como antinómicos, esto como consecuencia de un criterio jerárquico de acuerdo al cual, según enseña Calamandrei, las normas jurídicas se distinguen en diversas categorías graduadas en orden de prioridad, de modo que al entrar en conflicto dos normas pertenecientes a distintas catego-

rias debe prevalecer aquella que en conformidad al ordenamiento jurídico del Estado tenga preferencia". (C. Suprema, 26 enero 1978, R., t. 75, sec. 1^a, p. 92).

"La finalidad que persigue el recurso de inaplicabilidad es efectuar una comparación entre un determinado precepto legal con una disposición precisa de la Constitución Política de la República, con el objeto de declarar si pugna o no aquél con ésta, normas ambas vigentes al momento de realizar el cotejo o examen de ellas". (C. Suprema, 9 diciembre 1988, R., t. 85, sec. 5^a, p. 262).

En conclusión, y con relación a este capítulo, podemos afirmar que siendo el tratado una ley, se encuentra en una jerarquía inferior a la Constitución, lo que se demuestra en forma irrefutable con la procedencia del recurso de inaplicabilidad, cuyo efecto es la no aplicación al caso concreto de la norma del tratado que se estime inconstitucional.

Mutatis mutandi es imposible que la Corte Suprema pudiese hipotéticamente conocer de un recurso de inaplicabilidad de una disposición constitucional. Sería una contradicción en los términos.

18. CONTENIDO Y ALCANCES DEL ART. 5º INCISO 2º DE LA C.P.

La Constitución de 1980, en su texto primitivo antes de la reforma del año 1989, señalaba que: "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En julio de 1989 se aprueba por plebiscito agregarle la frase siguiente al inciso 2º: "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Es importante formular algunos comentarios con respecto al párrafo 1, tal como se promulgó en 1980.

La norma constitucional señala que *el ejercicio...*, o sea, la acción y efecto de ejercer, la soberanía...

La expresión soberanía indica de inmediato lo que la doctrina universal ha incluido como uno de los elementos del Estado.

Teniendo su origen en los tiempos griegos, pasando por la Edad Media, es Bodin quien, en sus seis libros de la República, estructura el concepto moderno de soberanía. Rousseau le dedica un capítulo en su "Contrato Social".

Definiciones de soberanía las hay por cientos. Desde la célebre definición de Kant en sus "Principios Metafísicos del Derecho",

p. 171, en que nos dice: "que la soberanía del Estado es irreprochable en cuanto legisla; irresistible en cuanto ejecuta; inapelable en cuanto juzga"; hasta en el Diccionario de la Lengua nos encontraremos con muchas otras más.

Sólo por su claridad nos permitimos citar la definición que nos trae el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Cabanellas y Alcalá, cuando nos dice: "Manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado, por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones".

Para la Constitución, esta soberanía reconoce una limitación, una valla, una cortapisa, que es el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La soberanía en su clásico enunciado en los tiempos de la Revolución Francesa, se estimó que era un poder máximo, omnicompreensivo, que no tenía superiores jerárquicos en su línea, que era independiente, no condicionada, autónoma, excluyente, ilimitada y absoluta.

Hoy en día este concepto, y en especial después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, ha dado paso al concepto de soberanía relativa, sobre la base de un concepto personalista del hombre y no transpersonalista. Al tema le ha dedicado magistrales páginas el gran maestro Herman Heller, en su obra "La Soberanía".

En consecuencia, y de acuerdo al espíritu humanista que inspira a la Constitución Política, fundamentalmente expresado en lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, la soberanía como elemento del Estado, incluyendo todos sus poderes e incluso el poder constituyente, están autolimitados en la expresión de Jellinek, en orden a respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

El artículo 1º de la Constitución consagra el principio que: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

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

chos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Tal como lo dijo la C.E.N.C.P., en su informe ya señalado, p. 149: "El nuevo régimen político institucional descansa en la concepción humanista del hombre y de la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana a la que pertenecemos, y según la cual los derechos del ser son anteriores y superiores al Estado, el que tiene el deber de darles segura y eficaz protección".

La misma Comisión, en el mismo informe, p. 170, señaló perentoriamente: "Si bien el poder soberano del Estado no tiene como límite a ningún ordenamiento positivo superior al que él cree dentro de una recta concepción del hombre y de la sociedad, debe estar limitado por los derechos naturales de la persona, y por ello se dispone que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana".

La disposición constitucional actual fue estudiada en las Sesiones 48 y 49 de la C.E.N.C.P., y es muy ilustrativo transcribir la opinión del comisionado don Jaime Guzmán, en la Sesión 49, celebrada el 27 de junio de 1974, cuando decía:

"El señor Guzmán manifiesta que está de acuerdo con la inspiración de este inciso, no así con su materialización.

Cree que la soberanía no puede tener ni tiene ningún límite en el campo del derecho positivo.

Estima que pretender establecer límites en este orden, lleva a la doctrina de las llamadas cláusulas pétreas de la Constitución, sistemas de reforma de la Constitución extremadamente exigentes, que le parecen irrealizables y que, además, dificultan la adecuación de la estructura constitucional a la evolución social.

Cree que no pueden haber normas de la Constitución que se pretendan irreformables; no debe admitirse la noción de cláusulas pétreas y tampoco pretenderse que por la vía de la exigencia de quórum, exagerados en materia de reformas constitucionales, es como deben preservarse determinados valores. Le parece que eso es dar una solución muy rígida a un problema que, siendo tan válido, requiere de soluciones más profundas y siempre reales dentro de una comunidad y no simplemente escritas en un texto. En ese sentido, considera que decir que el régimen democrático es un límite a la soberanía, no es correcto, no tiene

sentido, porque por régimen democrático se pueden entender muchas cosas y muy diferentes sobre todo si se puede estimar de la esencia del régimen democrático aspectos opuestos por las diferentes personas. Si la mayoría del pueblo chileno, el día de mañana, quiere darse un régimen distinto, cree que tiene perfecto derecho a hacerlo, aunque seguramente ese régimen también se llamará democracia. Recuerda que los regímenes de las naciones marxista-leninistas se denominan democracias populares, porque en el mundo hoy día ningún régimen acepta no ser democrático. Todos se llaman así, sólo se caracterizan de una manera diversa" (p. 17).

En igual forma, el señor Enrique Evans, en la misma sesión, opinaba: "Que se inclina por diferenciar lo que es sustantivamente el límite de la soberanía, y cree que don Jaime Guzmán ha dado en el clavo en el sentido de que sustantivamente el límite de la soberanía, que puede colocarse en un texto constitucional —si no se quiere hablar de derecho natural—, es el valor o el bien jurídico que él señala. Concuera en que es preciso distinguir entre límite de soberanía y requisitos formales para el ejercicio del poder constituyente derivado en ciertas materias. Si se dice, por ejemplo, para modificar el régimen de separación de poderes o para modificar las garantías de amparo de determinados derechos individuales se requiere de un quórum diferente que para la tramitación o aprobación de una reforma constitucional común, no se está imponiendo ningún límite a la soberanía, sino que estableciendo requisitos formales para el ejercicio de la soberanía por el poder constituyente derivado; de manera que hay que distinguir conceptualmente lo que es una cosa y lo que es otra.

Cree que aquí solamente cabría definir como límite de la soberanía el bien jurídico que señala don Jaime Guzmán de una manera muy amplia, muy generosa, muy comprensiva, no restrictiva, y cuando se trate de la reforma constitucional señalar qué bienes jurídicos que están en la Constitución y que dicen relación con lo que es la vida democrática y lo que es el ejercicio del derecho y sus garantías, requirieran para ser modificados de determinados requisitos formales" (p. 18).

Finalmente, en esa sesión, se aprobó la frase: "que la soberanía no reconoce otra limitación que el respeto a los derechos que arrancan de la naturaleza humana". Esta frase es muy similar a la actual.

El señor Ortúzar agregó que la disposición en la forma que se está proponiendo, conforma un régimen en la Carta Fundamental, que ni siquiera por la vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse y eso es de extraordinaria importancia".

En definitiva, y a título de resumen en este aspecto, es conveniente señalar que nuestra Constitución consagra en el capítulo primero, de las Bases de la Institucionalidad, un principio personalista, humanista en que el Estado está al servicio de la persona humana, y no al revés. Se destierran las doctrinas transpersonalistas.

Nuestra Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse con relación al art. 5º, y, así por ejemplo, ha dicho: "La soberanía es aquel derecho que nace de la voluntad del mayor número de asociados capaces de deliberar y que es inherente a la existente de toda sociedad civil, en virtud de la cual ésta puede establecer libremente lo que se crea conveniente dentro de los límites de justicia.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; señalándose así los límites a esa prerrogativa que no debe alterar las propias finalidades del Estado en su afán del bien común, del orden público y de la convivencia pacífica de los asociados". (C. Suprema, 28 enero 1986, R.G.J. Nº 69, p. 34).

La I. Corte de Santiago, por su parte, en fallo del 31 de mayo de 1993, en causa Rol 983-93 -Luksic contra Martorell-, recurso de protección, en considerando 6, se dijo: "El artículo quinto en su inciso final, indica que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyendo un deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En efecto, dentro de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se encuentra el derecho a la vida privada y pública y el derecho a la honra de la persona y de su familia, garantías que los Tribunales de Justicia por mandato de la propia Constitución deben respetar en su calidad de Poder del Estado; que lo anterior es corroborado por el artículo 20 de la Carta Fundamental al establecer una acción constitucional destinada a proteger a toda persona o ente cuando por una conducta arbitraria e ilegal sea perturbado, amenazado en el legítimo ejercicio de un derecho garantizado por la misma, conducta ésta que es un ilícito constitucional y que no empece al ilícito penal pertinente, radicando el conocimiento de dicha acción en la Corte de Apelaciones respectiva, la cual tiene la obligación de adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, todo lo cual desvirtúa lo aseverado por la recurrida en orden a que

esta magistratura estaría vulnerando el principio rector del derecho público chileno consagrado en el inciso segundo del artículo 7º de la Constitución".

Aunque la enumeración de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana no están definidos en la Constitución o en otro texto jurídico, no es menos cierto que interpretando el texto constitucional en forma armónica, es evidente que los derechos consagrados en el art. 19 están dentro de la categoría de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. La vida, la igualdad, la libertad, la honra, la libertad de conciencia, el derecho a asociación, reunión, opinión, etc., son sin discusión derechos esenciales.

Sin embargo, muchas normas de la Constitución contienen también otros derechos esenciales que no están considerados en el art. 19. Así, al pasar en el capítulo segundo, el derecho a la nacionalidad, consagrado a nivel mundial. El derecho a ser ciudadano, contemplado en el art. 13, con todas las consecuencias que ello involucra. El derecho de toda persona a usar y ejercitar los recursos procesales constitucionales, tales como la protección y el amparo del arts. 20 y 21, etc.

Igualmente, todos los derechos consagrados en los tratados relativos a derechos humanos, que ya antes señalamos, deben considerarse como esenciales, y que emanan de la naturaleza humana.

Y esto es lo importante. La soberanía reconoce como limitación el respetar la esencialidad de estos derechos, que emanan de la circunstancia de la existencia del ser humano. Se fundamenta el derecho natural en una heterolimitación, o en una autolimitación, por ambas vías, el Estado y la soberanía que es uno de sus elementos, está limitado por estos derechos.

La reforma constitucional de 1989 señaló agregando que es *deber*. O sea, aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas.

Este deber es de los órganos del Estado. Aquí se incluyen el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, la Contraloría, el Tribunal Constitucional, los tribunales especiales y en general toda la administración pública, sin exclusiones. También el poder constituyente, etc. Incluso el pueblo actuando en los plebiscitos o en las elecciones periódicas.

Los órganos del Estado tienen dos funciones. La primera de ellas, en el ejercicio del deber, es la de *respetar*, o sea, venerar, acatar, tener miramiento y consideración, en expresión del Diccionario de la Lengua.

El otro deber de los órganos del Estado es el de *promover*, o sea, iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro o tomar la iniciativa

para la realización o el logro de algo, en la excepción del léxico.

El respeto y la promoción deben hacerse por los órganos del Estado, con respecto a los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que están garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

Dos son las grandes acciones que la Constitución impone, en consecuencia, como deber a los órganos del Estado. El respeto y la promoción de los derechos referidos.

La Constitución se autolimita en materia de soberanía, al señalar que ella debe respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Pero debe quedar en claro que es el ejercicio de la soberanía. No olvidar que la soberanía reside en la nación. Y que su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas. También se realiza por las autoridades que la Constitución establece.

CONCLUSIONES

1. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno están en la categoría de las leyes comunes.

2. Ni siquiera son leyes interpretativas, orgánicas constitucionales ni de quórum calificado.

3. No obstante la importancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuestión que está fuera de toda discusión, se trata de leyes comunes.

4. Un tratado por estar en una jerarquía inferior a la Constitución, puede ser estimado como inconstitucional por el Tribunal Constitucional, o alguna de sus normas.

5. En la misma forma, la Corte Suprema puede declarar inaplicable, para un caso particular, algún precepto de un tratado, que sea contrario a la C.P.

6. La C.P. se reforma única y exclusivamente de conformidad a lo dispuesto en el capítulo 14 denominado De la Reforma de la Constitución. No existe otra forma.

7. No es posible afirmar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos fomen parte de la Constitución material o tengan rango constitucional, por cuanto no han sido incorporados formalmente a la C.P. en la única forma en que ella lo autoriza.

8. Los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

9. No obstante lo dispuesto en el art. 5º, en materia de limitación a la soberanía, esta disposición no es pétrea ni irreformable, ya que no existe ninguna norma en este sentido.

10. El art. 5º puede derogarse, reformarse, adicionarse, enmendarse, suprimirse, etc., de conformidad al voto conforme de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio, tal como lo dispone el art. 116 inciso 2º. Todo ello sin perjuicio de los posteriores trámites constitucionales.

11. Nadie, en consecuencia, podría sostener que el poder constituyente derivado, establecido en la Constitución, incluido el pueblo expresándose en el plebiscito, cuya posibilidad siempre existe en esta materia, puede innovar en el artículo 5º en la forma que lo estime conveniente.