

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

En la ponencia anterior también señalé: "INTERNET permite a los sujetos comunicarse, intercambiar información o buscarla con relativa facilidad y sin ninguna limitación, que no sean los principios éticos de quienes navegan en el sistema"¹⁶. Dicen que no es bueno autocitarse, pero no lo hago por vanidad, sino para que el lector sepa que, en esta materia, no he cambiado, por el contrario, reafirmo mi posición de un Derecho flexible y adaptable, y un uso de la Red bajo sólidos principios éticos, y la necesidad imperiosa de mejorar nuestro sistema educacional, que en nuestro país ha hecho crisis y la sociedad se ha convocado para superarla.

Concluyo señalando que comparto la conclusión final de Owen Fiss, " Debemos aprender a abrazar una verdad que está llena de ironía y de contradicción: que el Estado puede ser tanto un amigo como un enemigo de la libertad de expresión; que puede hacer cosas terribles para socavar la democracia, pero también cosas maravillosas para fomentarla"¹⁷.

Que la expresión, "la información es poder" no tiene al Estado Democrático para ser enemigo de la libertad de expresión, pero lo que se expresa del Estado, también corresponde a las empresas, grupos económicos, políticos, entidades y creencias religiosas que pretendan controlar la Red y así controlar la Sociedad de la Información.

En definitiva, las TIC, creación humana, están al servicio de las personas; los Estados, Gobiernos, Iglesias, empresas y otras entidades o grupos de poder, no son los dueños de la Red Internet, ésta nos pertenece a todos, a los usuarios, internautas, quienes nos informamos, educamos, capacitamos, entretenemos, comunicamos, reflexionamos, conversamos, discutimos, decidimos, votamos, negociamos, en fin, hacemos sociedad a través de ella y somos los primeros quienes, individual y colectivamente, debemos cuidarla y protegerla, sin abusar, respetándonos recíprocamente.

16. Ferrada, Ricardo. Ponencia citada.

17. Owen M. Fiss. Obra citada.

LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS APLICADA AL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

RODOLFO FIGUEROA G. *

1. La distinción entre reglas y principios

Como es sabido, la distinción entre reglas y principios posee ya algunas décadas en la teoría del derecho. A fines de los años 60, Dworkin¹ defendió esa distinción como parte de su crítica a la teoría del derecho de H.L.A. Hart, y con la finalidad de mejorar la comprensión del fenómeno jurídico. En los años 80, Alexy² también abordó ese asunto, con mayor detención y probablemente con un interés más específico que el de Dworkin: mejorar nuestra comprensión de los derechos constitucio-

* Profesor de Teoría del Derecho y de Derecho Constitucional. Escuela de Derecho. U. Diego Portales.

1. Ver Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. de Marta Guastavino. Editorial Ariel. Barcelona, 1985. Ver el capítulo el Modelo de las Normas I. El capítulo donde se trata este asunto tiene copyright de 1967.

2. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón V. Publicado por el Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Ver capítulo III. El texto original es de 1986.

nales. En los años 90 y hasta la fecha, esa distinción ha sido objeto de revisión, y los criterios propuestos tanto por Dworkin como por Alexy han sido sometidos a minucioso análisis³. En mi opinión, la conclusión que podría extraerse de ese trabajo de cuestionamiento de la distinción entre reglas y principios es que las explicaciones de Dworkin y Alexy tienen algunos puntos débiles, poco precisos, pero que, como tal, la distinción sobrevive; en el peor de los casos, la distinción entre ambos estándares normativos se puede mantener a condición de postular una distinción débil entre reglas y principios⁴ y no una distinción fuerte o cualitativa, como pretendían Dworkin y Alexy. En el mejor, se mantiene la distinción fuerte y sólo queda corregir las imprecisiones que se han anotado a las explicaciones de Dworkin y Alexy.

Voy partir de la base de que la distinción puede mantenerse, al menos, en un sentido: que en caso de conflicto, las reglas se someten a diversos criterios de solución de antinomias⁵, como el criterio de temporalidad. Conforme este criterio, las reglas se pueden derogar entre sí⁶. En cambio, en caso de conflicto entre dos principios, ellos no se derogan entre sí; no son excluyentes en su aplicación (Dworkin) o en su cumplimiento (Alexy) y, por ello, se puede recurrir a ambos para resolver el caso, dando a uno mayor ponderación según su peso específico (Dworkin), o en función de una relación de precedencia condicionada (Alexy). También voy a apoyarme en la idea de Alexy de que los enunciados que recogen derechos fundamentales hay que entenderlos como

3. Un ejemplo de ello es un artículo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, titulado "Sobre Principios y Reglas", publicado en *Doxa* N° 10, 1991, pp. 101-120. En la misma revista, el año siguiente, Peczenik continúa la discusión con su trabajo "Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero". (*Doxa* N° 12, 1992, pp. 327-331). Una obra, ahora más extensa, dedicada a analizar el asunto es el libro de Alonso García Figueroa, titulado *Principios y Positivismo Jurídico*, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

4. Alonso, ob. cit., pp. 197 ss.

5. Los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad.

6. Siempre que las reglas sean de igual jerarquía; si lo son de distinta, entonces la regla posterior debe tener superior jerarquía.

principios. De esta suerte, en caso de conflictos entre derechos fundamentales, no cabría la derogación sino una compleja labor de balance o ponderación entre principios.

2. Aplicación de esta distinción a la jerarquía de los derechos humanos en Chile

La idea básica de mi presentación es aplicar esta distinción a la discusión que ha habido en Chile sobre la jerarquía y posición normativa de los derechos fundamentales, o derechos humanos, o derechos esenciales, como los llama la Constitución Chilena, en el ordenamiento jurídico chileno. Como saben los chilenos, la Constitución establece en el artículo 5° que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen un límite al ejercicio de la soberanía. Los chilenos también saben que el año 1989 – en las postrimerías del régimen militar, se reformó ese precepto para señalar que los órganos del estado tienen el deber de respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esa reforma ha dado lugar a una extensa disputa en Chile sobre la jerarquía que tendrían tales derechos⁷ esenciales, o derechos humanos o derechos fundamentales recogidos en tratados internacionales⁸.

Mi tesis es que esa disputa está (y estuvo) mal estructurada, pues considera los derechos como si fueran reglas y, en esa medida, en caso de conflicto entre derechos recogidos por la constitución y un tratado internacional (TI) se produciría derogación. Eso es un error porque los derechos no son reglas. Si los entendiéramos como principios, esa discusión y sus secuelas no se habría producido. Es decir, sostengo que si la teoría del derecho hubiere tenido mayor presencia en las mentes de los constitucionalistas e internacionalistas que abordaron el tema de los derechos humanos recogidos por tratados internacionales, la situación habría sido distinta desde que se introduce la reforma en 1989 hasta la última reforma el 2005.

7. Algunos dicen "tratados".

8. Al final se indica una extensa bibliografía que da cuenta de tal disputa.

3. Situación jerárquica de los derechos esenciales en el ordenamiento jurídico chileno, según la doctrina

Sobre la jerarquía que tendrían en Chile los derechos esenciales recogidos por TI, en virtud de la reforma de 1989, se han publicado en revistas chilenas de derecho cerca de 25 artículos entre 1989 y el 2004⁹. Se han sostenido prácticamente todas las posiciones imaginables: a) que la jerarquía es simplemente legal, tal como era antes de la reforma¹⁰; b) que la jerarquía es intermedia entre la ley y la Constitución¹¹; c) que la jerarquía es equivalente a la constitucional¹² y, finalmente d)

9. Ver listado bibliográfico al final.

10. Como partidarios de la jerarquía legal, se encuentran J. Tapia, G. Fiamma, M. A. Fernández, R. Bertelsen, L. Ríos, aparentemente C. Andrade, también aparentemente T. Infante: señala que en general la tesis dominante es que la constitución es superior pero quizá deba aceptarse una excepción (1996:297).

En el caso de M. A. Fernández, él señala sin embargo, que los TI limitan el ejercicio de la soberanía, p. 493 (2003).

11. Silva Bascañán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Ed. Jurídica de Chile. Tomo IV. Santiago, 1997, p. 124. y R. Bertelsen (1996:214,220) han sostenido esta tesis. Esta postura resulta sorprendente porque, de acuerdo con la teoría del derecho, no es posible la existencia de un nivel jerárquico entre la Constitución y la ley. La razón es que las normas de un tal nivel intermedio serían fundadas por la Constitución y fundantes de la ley; es decir, la ley ya no se fundaría directamente en la Constitución sino en aquellas normas intermedias, lo que es absurdo. No deja de ser sorprendente que dos reputados constitucionalistas sostengan una idea a un alumno de 1er. año le significaría la reprobación de Introducción al Derecho.

Con este comentario, espero hacer justicia al reclamo de Cecilia Medina, en la nota 81, p. 47 de su trabajo, donde señala que los constitucionalistas no parecen haber explorado esta tesis del señor Silva Bascañán.

12. Como partidarios de la tesis de la jerarquía constitucional, se puede situar a F. Cumplido (1996, 2003), C. Medina, C. Pinochet, N. Panatt, quizá E. Gaete, cuando explica la incorporación automática, p. 266 y 274, aunque luego indica que los TI tiene mayor jerarquía que el derecho interno, en la misma p. 274.

Si bien Nogueira ha sostenido una jerarquía superior a la Constitución formal, en una parte ha propuesto una reforma constitucional según la cual los TI tendrían jerarquía constitucional (2003:447).

que la jerarquía es supraconstitucional¹³. Medina señala que la mayoría de la doctrina se ha inclinado por la tesis de la jerarquía constitucional¹⁴. Quizá eso era cierto en 1994, pero no parece serlo en la actualidad.

La tesis de la jerarquía constitucional se funda en el propósito que animó la reforma constitucional acordada en los últimos meses de la dictadura militar. El objetivo de esa reforma era mejorar el estatus de los derechos humanos en Chile¹⁵. Antes de 1989, no se dudaba que la Constitución era superior jerárquicamente a los TI. La consecuencia de ello era que una norma de derecho interno podía incluso derogar normas de un TI, ciertamente desde el punto de vista del derecho interno y no internacional. Por tanto, si se quería mejorar el estatus de los derechos humanos al interior del ordenamiento jurídico chileno, la forma era dándoles una jerarquía especial, superior a la legal, equivalente a la Constitución. Una prueba de ello la constituyen las palabras de unos de los integrantes de la comisión negociadora de la reforma constitucional de 1989, el señor Francisco Cumplido, quien fue —luego— el Ministro de Justicia del primer gobierno democrático post-dictadura.

G. Gómez se encuentra en una posición única. Por una parte, señala que la teoría según la cual los tratados internacionales poseen rango constitucional es equivocada. Él sostiene que son los derechos los que poseen jerarquía constitucional. Por ello, lo situó en este grupo. Por otra parte, en cuanto a la derogación tácita de la Constitución, él la descarta. (1993:90). Más bien sostiene que habiendo conflicto, debe procederse a una labor de interpretación. Esa idea es parecida a la tesis que se defiende en este artículo.

13. Nogueira sostiene la tesis de la incorporación a la Constitución material, superior al poder constituyente derivado (1993:58; 1996:344; 2003:418), pero con algunos matices confundentes en diversos artículos, como el señalado en la nota anterior. Pfeffer también ha señalado algo parecido (2003:478).

14. Medina, Cecilia. "El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno". En *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Publicado por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1994, p. 46.

15. Medina, Cecilia, ob. cit, p. 42. Ver también la nota 72 de la misma página. La misma opinión posee Cumplido y muchos otros autores.

El señor Cumplido dijo expresamente que:

i) El propósito de la reforma era darle a los derechos de los TI jerarquía constitucional¹⁶. Así lo confirma alguna doctrina¹⁷.

ii) Entre las normas de la Constitución y las de los tratados, se podía producir una derogación tácita¹⁸.

iii) Cuando negociaban la reforma, el señor Cumplido dice que tenían dos caminos: i) revisar los derechos de la Constitución y plantear reformas a cada una de sus disposiciones que consagraran derechos en forma contraria a los TI de DD.HH., y el otro ii) agregar una reforma genérica que permitiera una incorporación también genérica de los TI sobre DD.HH. en la legislación Constitucional¹⁹. Agregó el señor Cumplido que era difícil seguir el primer camino, por el momento político, y se optó por el segundo²⁰.

iv) De esta forma se pretendía “actualizar” los derechos de las personas de acuerdo con los instrumentos internacionales²¹. Es decir, lo que se pretendía era —como se dice en el lenguaje de la computación— una suerte de *up-grade* automático y global de la Constitución, lo que implicaba una derogación tácita de la Carta Fundamental en todo aquello que se opusiere a los TI de DD.HH.

v) Finalmente, el mismo señor Cumplido reconoce que esta es una mala técnica legislativa, pero que no tenían tiempo para el otro camino²².

Pues bien, quienes sostuvieron que los TI DD.HH. no podían tener rango constitucional sino sólo rango legal, argumentaron que de tener rango constitucional, los tratados posteriores a la reforma del 1989

16. Cumplido (1991) p. 193.

17. En el trabajo de Cecilia Medina, ver pp. 41 y ss., que versan sobre el objeto y propósito de la enmienda.

18. Cumplido, *ibid.*, pp.192 y 196.

19. *Ibid.*, p. 192.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*, p. 195.

22. *Ibid.*

derogarían a la Constitución²³, y quienes no hablan de derogación, aluden a dejar sin efecto o aplicación²⁴ que, en términos prácticos, para resolver el conflicto en el caso particular, es el mismo efecto²⁵.

Como se puede apreciar, el tema de la derogación aparece como un asunto central en buena parte de la doctrina frente a la pregunta por la jerarquía de los derechos esenciales y su relación con la Constitución. Tanto quienes apoyaban la tesis de la jerarquía constitucional como aquellos que se oponían a ella, pensaban que en caso de conflicto entre derechos —los de la Constitución con los de un TI DD.HH.— se producía una derogación²⁶, en que la norma posterior —de los TI

23. Muchos autores han sostenido la tesis de la derogación, sea que la Constitución quede derogada por TI o que los TI deroguen normas legales. Tapia reconoce derogación (361); Andrade (2003:401). Dice que el TI no modifica la Constitución. Nogueira plantea algo confuso. En una parte, no dice que se deroga la Constitución, sino que señala que en caso de conflicto el sistema de derechos se retroalimenta y optimiza en la versión más garantista de los derechos. Dice que la Constitución se “aggiorna”, (2003:426), lo que es muy parecido a derogación. En otras partes, dice que los TI operan como un procedimiento secundario de reforma constitucional (1993:59;1996:353), lo que implica técnicamente derogación tácita. Como se ve, no es muy claro. En cuanto a legislación contraria a los TI, ella sí se deroga, dice Nogueira (1996:347). Obviamente Cumplido está en la tesis de la derogación (1991 y de nuevo 1996:258). Gaete señala que las normas se derogan, pero no dice que la Constitución se derogue sino que usa la palabra “prima” (1996:272). Panatt habla de derogación tácita (589). M. A. Fernández señala que el derecho interno deroga al T.I. (1989:819-820). Mohor también habla de derogación (1990:177). Fiamma dice expresamente que las normas del tratado quedan tácitamente derogadas. R. Díaz señala que los TI modifican las normas internas que les sean contrarias, incluyendo las constitucionales (1991:207). Pinochet declara que se produce una “...abrogación tácita de toda legislación interna que se oponga a esas normas convencionales...” p. 10. También en p. 15. Respecto de la Constitución, Pinochet distingue los tratados anteriores a la reforma y los posteriores. Los anteriores, priman sobre el art. 19 de la Constitución y los posteriores no, p. 16.

24. Ver nota anterior.

25. Ver el texto de Cecilia Medina, p. 50 y la nota 86.

26. O empleaban otra palabra más coloquial, para eludir la voz *derogación*, pero que significa lo mismo en caso de conflicto.

DD.HH.—derogaba a la anterior—la Constitución de 1980. Esta era la situación entre 1989, fecha en que se aprobó la reforma, y el año 2002, en que el Tribunal Constitucional sienta doctrina explícita sobre el asunto²⁷.

4. El fallo del Tribunal Constitucional relativo a la jerarquía de los tratados internacionales

En el año 2002, el TC dicta un fallo en el cual declara inconstitucional el Tratado de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional. En ese fallo hay una sección VI, titulada *La jerarquía de los tratados*, en la cual el TC aborda este tema. En esa sección, el tribunal descarta expresamente que los TI DD.HH. tengan jerarquía constitucional, y lo hace sobre la base de varios argumentos. No tiene sentido revisar todos esos argumentos aquí. Además, en mi opinión, la mayoría de ellos carece completamente de sentido y son francamente inaceptables²⁸.

27. No es la primera ocasión que el TC alude al asunto.

28. En el C° 63 se hace referencia a la historia fidedigna de la reforma de 1989, que es el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, que señala: "En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales". Por lo pronto, no corresponde llamar historia fidedigna al trabajo de una comisión. Sin perjuicio de ello, la afirmación citada es absurda: el propósito de la reforma era alterar el rango jerárquico de los tratados; no podían seguir considerándose de rango legal. Por ello, no es procedente el recurso de inaplicabilidad. Sin embargo, el TC toma la frase del informe de modo irreflexivo y le da un valor absoluto. Con este modo de proceder, todo lo que digan comisionados o incluso parlamentarios debe tomarse con valor absoluto, sin reflexión. Luego, el TC cita la opinión del señor Bertelsen que señala que nada se innovó con la reforma de 1989. Es curioso pensar que cuando se reforma la Constitución no se produce ningún cambio. De todos modos, ¿por qué considerar esa opinión y no la de muchos otros que sostienen algo distinto?

En el C° 66 cita un informe del año 1963. ¿Cómo puede un informe de 1963 contribuir para interpretar una reforma de 1989?

En el C° 68 el TC cita al señor Ríos, quien señala que de aceptarse la jerarquía constitucional, se alteraría el delicado mecanismo de reforma constitucional. Ese no es un argumento, si es que la reforma efectivamente hace eso.

En mi opinión, la única explicación (no justificación) de por qué el TC sostuvo lo dicho no obstante carecer de argumentos sensatos, es la siguiente: no es admisible una derogación tácita de la Carta Fundamental²⁹. Este es un argumento político, no técnico. Yo creo que el TC suscribió la tesis de que no es razonable para una comunidad política que su Constitución sea invadida por la incertidumbre que producen las derogaciones tácitas; por razones de certeza, la constitución sólo puede ser modificada por vía expresa.

En el C° 75 cita al señor Silva. Pues bien, respecto de las citas de Ríos y Silva, cabe preguntarse: ¿por qué seguir esa doctrina y no la de muchos otros?

29. La cita de la opinión del señor Ríos, que realiza el TC en el C° 68 refleja indirectamente la idea de que es inconveniente una reforma no explícita de la Constitución:

"68°. Que, sobre el particular, el profesor Lautaro Ríos, señala: «Ninguna constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inc. 2° del art. 5° de nuestra Carta, que tiene —manifiestamente— otro alcance, como ya vimos. La desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD. HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD. HH. tuvieran rango constitucional per se.

Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD. HH. y su eventual carácter modificatorio de la Constitución.

Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los arts. 80, 82, N° 2, y del Capítulo XIV de la Constitución ("Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", en Gaceta Jurídica N° 215, 1998, pág. 13)".

Así pues, tenemos la siguiente situación:

- a) Con la reforma de 1989, se pretendió que los derechos esenciales de los TI tuviesen jerarquía constitucional, con la finalidad de derogar toda norma de igual o inferior jerarquía que fuere incompatible con ellos, incluyendo las normas constitucionales, y asimismo, evitar que fuesen derogados por normas dictadas con posterioridad y;
- b) Con el fallo del 2002, el TC declara que no tienen jerarquía constitucional para evitar que esos derechos de los TI derogaran tácitamente la Constitución.

Por tanto, la idea de la derogación de los derechos esenciales está presente tanto en la doctrina —sea a favor o en contra de la jerarquía constitucional— como en la jurisprudencia del TC. Aquí debemos retomar la distinción entre reglas y principios. Si aceptamos que una de las diferencias entre las reglas y principios es que en caso de conflictos entre principios no opera entre ellos una derogación (como sí podría ocurrir entre reglas), entonces cabría concluir que buena parte de la doctrina nacional —de cualquiera de las posturas señaladas— y la jurisprudencia del TC están equivocados al pensar que se verifica una derogación en caso de colisionar los derechos esenciales recogidos por la Constitución con aquellos contenidos en los TI.

¿Qué consecuencias se siguen de sostener que existe derogación o, en cambio, de postular que los principios —derechos— no se derogán? Aparte de no cometer un error de teoría del derecho, el asunto es importante para el derecho constitucional y la vigencia de los derechos de TI en Chile.

1. La derogación implica exclusión, es decir, si para un caso concreto se advierte que la norma A deroga a la norma B, la norma B cesa en su vigencia³⁰. En cambio, si se sostiene —como advierten Dworkin y Alexy— que en caso de conflicto no hay derogación o inaplicación

30. Quienes evitan hablar de derogación, aluden a dejar sin efecto o no aplicarse, lo que para efectos del conflicto, es lo mismo.

sino que debe realizarse una ponderación, eso tiene como consecuencia que ambas normas se aplican; hay concurrencia, no exclusión. Los partidarios de la jerarquía constitucional sostenían una tesis que llevaba a que las normas constitucionales contrarias a los TI no se aplicaran, pues los tratados las derogaban; y, por su parte, los partidarios de la jerarquía legal, incluyendo al TC, postulaban una tesis según la cual lo que prima ante todo es la Constitución y por tanto los derechos esenciales recogidos en los TI no tenían ninguna aplicación. Esta consecuencia es muy seria y probablemente dice mucho acerca de la poca efectividad que tiene el derecho internacional en el ordenamiento jurídico chileno.

2. Por otra parte, esta idea de que las normas de los TI contrarias a la Constitución no se apliquen en Chile, es parte de una cierta agenda política: es la misma idea que se ha sostenido esta semana (octubre del 2006) frente al fallo de la Corte Interamericana (condena a Chile por aplicar la ley de amnistía y dispone que ello no debe hacerse en casos similares). Se ha dicho que ese fallo no tiene aplicación en Chile y que los tribunales sólo se someten a la Constitución chilena. Esta agenda pretende evitar la aplicación en Chile del derecho internacional en materia de derechos humanos.

Insisto, la consecuencia de hablar de “derogaciones” es que actualmente, con el fallo del 2002, los derechos de TI sobre DD.HH. no tienen ningún impacto en Chile si es que entran en conflicto con la Constitución. Esto es lo mismo que decir que el derecho internacional vale en el plano doméstico sí y sólo sí es compatible con el derecho interno.

3. De estimarse, por el contrario, que en caso de conflicto entre los derechos de un TI y los recogidos por la Constitución no hay derogación sino que hay que proceder a ponderar derechos, esto tiene como consecuencia que el derecho internacional de DD.HH. tiene posibilidades de aplicación en el ordenamiento jurídico chileno; habrá que determinar el grado de aplicación de los derechos³¹, lo que implica re-

31. No es este el lugar para dar cuenta de en qué se oponen las normas de la Constitución y algunos tratados internacionales sobre DD.HH. Pero, por ejemplo, entre la Constitución Chilena y la Convención América sobre Derechos

conocer que son *prima facie* aplicables, pero no descartables, como es la tesis que funda el fallo del TC y de quienes se opusieron a la teoría de que tales derechos tenían jerarquía constitucional.

4. Es posible que este fallo del 2002 y sus consecuencias hayan motivado la reforma constitucional del 2005, mediante la cual se agrega una frase a la Constitución que dice:

“Las disposiciones contenidas en un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. (Art. 54 N° 1 inc. 5°).

En efecto, se podría pensar que con esta norma se pretende que ninguna disposición de derecho interno pueda prevalecer sobre un TI, al contrario de lo dispuesto por el TC en 2002. Sin embargo, esta posibilidad no ha tenido buena acogida en la doctrina. De todos modos, resulta difícil encontrar una interpretación plausible de este precepto³², que nuevamente habla de derogación. Además, habrá que esperar otra interpretación del TC sobre este nuevo artículo.

5. Incerteza constitucional

He sugerido en la sección anterior que es posible que el TC en su fallo del 2002 haya dicho que lo vimos —jerarquía legal— motivado por un rechazo a la incerteza que se produciría de derogarse tácitamente la Constitución. Esa es una tesis política y parece una buena tesis, aunque jurídicamente no permite justificar el fallo.

Pues bien, lo que cabe afrontar ahora es el hecho de que de la incerteza no desaparece de aceptarse la tesis sostenida en este ensayo.

Humanos, hay diferencias en la forma como recogen el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; algunas garantías judiciales; la libertad de conciencia y de religión; la libertad de pensamiento, etc.

32. Sobre las diversas reformas del 2005 se ha publicado en Chile un extenso texto con comentarios. Lamentablemente sólo hay un artículo sobre esa reforma específica relativa a TI, del señor Nogueira, quien para el tema de la jerarquía cita un fallo del TC de 1999 y no el del 2002 (y lo dicho en 1999 es incompatible con lo señalado el 2002), y luego hace referencia al fallo del 2002 pero para otros efectos (transferencia de poderes a organismos internacionales).

He argumentado —siguiendo a Dworkin y Alexy— que en caso de conflicto entre derechos contenidos en la Constitución y en TI sobre DD.HH., no debe resolverse ese conflicto por la vía de derogación sino mediante ponderación según su peso (Dworkin) o estableciendo una relación de precedencia condicionada entre principios para el caso específico (Alexy). Es fácil apreciar que esto no da mayor certeza pues, en efecto, no sabemos de antemano qué derechos tenemos (qué significan exactamente los derechos) en caso de conflicto, porque habrá que resolverlo en cada caso.

Ante esta incerteza, se puede objetar mi planteamiento señalando que la solución propuesta por este ensayo no es mejor que la del TC. Frente a ello, se puede responder con dos comentarios:

i) En primer lugar, en materia de derechos fundamentales, nunca existe (ni es razonable que exista) certeza absoluta acerca de qué derechos tenemos, o qué significan nuestros derechos en caso de conflicto o en casos particulares. En efecto, en caso de conflicto, el tribunal correspondiente deberá decidir y no es posible saber de antemano cómo se va a resolver. Esto mismo puede decir de otra forma: la necesidad de certeza del TC es vana porque nunca puede haberla en estas materias. Por ejemplo, sabemos que tenemos un derecho a la libertad de expresión, pero no sabemos exactamente qué permite hacer ese derecho en caso de conflicto con la privacidad o la honra de las personas, o la seguridad nacional, si la información que se desea divulgar pertenece a ese ámbito. Por tanto, lo que he propuesto en este ensayo no tiene por finalidad incrementar los niveles de certeza constitucional. Por ende, esa crítica a mi planteamiento sería injustificada.

ii) En segundo lugar, hay diferencia entre mi planteamiento y el del TC. Lo que yo he sostenido permite buscar alguna posibilidad de que los derechos de TI se apliquen en Chile. Si bien no sabemos cómo se va a resolver el conflicto entre derechos, al menos existe la posibilidad teórica de que los derechos de un TI sobre DD.HH. se apliquen en Chile. Según la tesis del TC, eso nunca puede ocurrir, porque hay derogación en caso de conflicto, y porque los derechos de TI tienen jerarquía legal de modo que en caso de conflicto nunca primarán sobre la Constitución. Esta diferencia es esencial.

6. Conclusión

- a) En términos generales, la doctrina nacional ha sostenido que en caso de conflicto entre derechos se produce una derogación. Lo mismo ha dicho el TC.
- b) Esa solución no es sostenible a la luz de la teoría del derecho, que desde hace algunas décadas ha sostenido que en caso de conflicto entre derechos no hay derogación. Para esto sirve la distinción entre reglas y principios.
- c) La consecuencia de la postura defendida por la mayoría de la doctrina y por el TC lleva a que los derechos fundamentales no se apliquen (los de la Constitución, si ella es derogada, o los del TI si aquellos son derogados). Obviamente esta consecuencia no es óptima. Y siguiendo la sentencia del TC, lo que ocurre es que los derechos de los TI no se aplican en Chile; es decir, el derecho internacional no vale en Chile si se encuentra en conflicto con la Constitución. Esta consecuencia es muy poco óptima.
- d) Si entendemos que en caso de conflicto hay que determinar qué principios se aplican y en qué medida, entonces nunca los derechos dejan de aplicarse (Dworkin) o cumplirse (Alexy), sean los que recoja la Constitución o los TI sobre DD.HH. Con este planteamiento, al menos el derecho internacional tiene alguna oportunidad de aplicarse en Chile (en caso de conflicto con la Constitución).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. Sobre la distinción entre reglas y principios

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón V. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- ATIENZA, Manuel y Manero, Juan Ruiz. "Sobre Principios y Reglas". *Doxa* N° 10, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. de Marta Guastavino. Editorial Ariel. Barcelona, 1985.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. *PRINCIPIOS Y POSITIVISMO JURÍDICO*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

PECZENIK, Alexander. "Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero." *Doxa* N° 12, 1992.

II. Sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales³³

ANDRADE G, Carlos. "La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia." *Revista Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2003.

BERTELSEN R., Raúl "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 2 y 3, Tomo I, 1996.

CUMPLIDO C. Francisco, "Historia de Una Negociación Para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos", *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Santiago, 1991.

CUMPLIDO C., Francisco, "Alcances de la Modificación del Art. 5 de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, 1996.

CUMPLIDO C., Francisco, "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia". *Revista Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2003.

33. Existen otros artículos y obras nacionales sobre este tema que no se han citado. Por ejemplo, Benadava C., Santiago y otros. *Nuevos desafíos del derecho internacional*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1992. Cea E., José L. "Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República". *Revista Ius et Praxis*. Año 2, N° 2. Universidad de Talca (no ha sido verificada esta referencia citada por Nogueira en un trabajo suyo). Henríquez, Miriam. "Interpretación del art. 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile". *Revista Entheos*, Vol 1, Universidad de las Américas, 2003.

- DÍAZ A., Rodrigo. "La reforma al artículo 5° de la Constitución Política". Instituto de Estudios Internacionales, Nuevas dimensiones en la protección del individuo, Universidad de Chile, Santiago, 1991.
- FERNÁNDEZ G, Miguel Angel. "La reforma al artículo 5° de la Constitución", en Revista Chilena de derecho, Universidad Católica de Chile, vol. 16, N° 13, 1989.
- FERNÁNDEZ G, Miguel Ángel, "Visión Prospectiva en Relación con la Regulación Constitucional de los Tratados Internacionales", Revista Ius Et Praxis, Universidad de Talca, Año 9, N° 1, 2003.
- FIAMMA, Gustavo. "La jerarquía normativa de los Tratados Internacionales". En Diario "El Mercurio". Cuerpo D, p. 24. 6 de noviembre de 1994. Santiago.
- GÓMEZ B, Gastón, Peña G., Carlos y otros, "Dogmática Constitucional y Derechos Humanos", Cuadernos de Análisis Jurídico N° 27, Universidad Diego Portales, 1993.
- INFANTE, María Teresa. "Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia". En Revista Chilena de Derecho. Vol. 23, N°s 2 y 3. Tomo I. 1996.
- MEDINA Q., Cecilia. "El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno". Publicado en el libro *Constitución, Tratados y Derecho Esenciales*, por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago, 1994.
- MOHOR A., Salvador. "Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución de 1980". La revista de derecho, Universidad Central, 1991.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los Derechos Humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena". En Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 27, Universidad Diego Portales, 1993.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En Revista Chilena de Derecho. Vol. 23, N° 2 y 3. Tomo I. 1996.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". En Revista Ius Et Praxis, Año 9, Vol. 1, Universidad de Talca, 2003.

- PANATT K., Natacha. "La modificación del artículo 5° de la Constitución chilena de 1980 en relación con los tratados". XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, tomo II, Valparaíso, 1990.
- PFEFFER, Emilio. "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno". En Revista Ius Et Praxis, Año 9, Vol. 1, Universidad de Talca, 2003.
- PINOCHET E., César. "Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos". Cuadernos de análisis jurídico, Serie seminarios N° 13, Universidad Diego Portales, Santiago, 1990.
- QUIRKE A., María Teresa. "Los Derechos Humanos como límite a la soberanía". Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica, vol. 16, N° 3, 1989.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro "Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", Gaceta Jurídica N° 215, 1998.
- SÁNCHEZ YÁÑEZ, Alfonso y Arévalo Cunich, Álvaro "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su Relación con la Reforma al Artículo 5 inciso 2 de la Constitución", Santiago, 1993.
- SILVA Bascuñán, Alejandro. "Reforma sobre los derechos humanos". Revista Chilena de derecho. Universidad Católica, vol. 16, N° 3, 1989.
- SILVA Bascuñán, Alejandro. "Reforma al artículo 5° de la Constitución de 1980". Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, vol 17, N° 1, 1990.
- SILVA Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Ed. Jurídica de Chile. Tomo IV. Santiago, 1997.
- TAPIA VALDÉS, Jorge "Efecto de los Tratados Sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias", Revista Ius Et Praxis, Año 9, Vol. 1, Universidad de Talca, 2003.