

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 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 N° 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

resolverse siempre en favor de los derechos e intereses de los niños que se declaran como *superiores*¹⁹.

Algunas palabras finales

La progresiva importancia que tiene una cultura de los derechos en nuestro modo de vida y particularmente, en nuestra organización política y jurídica es algo que debe ser considerado una conquista humana preciosa. Sin embargo es nuestro deber estar atentos a explorar las implicaciones teórico filosóficas que permitan dotar de un fundamento sólido a esta cultura y que impida la trivialización de los contenidos de dichos derechos, particularmente de aquellos que suponen actos de justicia distributiva. No estoy seguro de cual sea la solución correcta pero tiendo a pensar que la justicia es una construcción humana y que, en consecuencia, debe prestar atención a la complejidad de esa experiencia. Creo que lo que afirma Michael Walzer a propósito de la teoría de la justicia es válido para una teoría de los derechos, sus "preguntas consienten una gama de respuestas, y dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política. No es sólo cosa de aplicar un principio singular determinado o un conjunto de principios en momentos históricos distintos. Nadie negaría que hay una gama de aplicaciones morales permisibles"²⁰.

19. Es claro que esto no es lo que necesariamente ocurre. Por otro lado, no se me escapa que las soluciones que el sistema ofrece son más complejas y, hasta cierto punto, no necesariamente insatisfactorias, simplemente quiero sugerir que la lógica de los derechos proyecta consecuencias indeseables desde la definición de los que los derechos son.

20. Michael Walzer, *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del Pluralismo y la igualdad*. Edición Fondo de Cultura Económica, México, 1993. De hecho, tiendo a pensar que la solución de para algunas de la interrogantes que planteo en este breve trabajo se encuentran en la tesis de Walzer sobre la igualdad compleja que *los principios de justicia son en sí mismos plurales en su forma; que bienes sociales distintos deberían ser distribuidos por razones distintas, en arreglo a diferentes procedimientos y por distintos agentes; y que todas estas diferencias derivan de la comprensión de los bienes sociales mismos*. Pero esto es, naturalmente materia de otra reflexión.

EL ESTADO DE LA INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN CHILE

PAULINA GÓMEZ BARBOZA

I. EL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pluralidad de normas

La Segunda Guerra Mundial fue la que hizo percibir a la comunidad internacional la necesidad de crear un sistema para proteger a los seres humanos de los abusos de sus gobernantes y prevenir la ocurrencia de violaciones tan horrendas como las que se habían producido durante el transcurso de la guerra. Así como el orden legal de cada Estado tenía normas de protección para sus habitantes frente a los posibles daños que pudieran sufrir por actos cometidos por otros habitantes, la comunidad internacional crea un sistema que protege a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes, ya que no existe otra alternativa para ampararse frente a los actos del Estado. Se estimó que el sistema que se creara debía partir de la premisa del carácter universal de los derechos humanos y debía contener un catálogo de los mismos, obligaciones de los Estados con relación a este catálogo y mecanismos de control a cargo de órganos internacionales que velarían por los derechos humanos determinando cuán-

do se había producido una violación y uniformando el alcance y contenido de cada uno de los derechos humanos consagrados internacionalmente.

Actualmente existe una dualidad de sistemas de protección de los derechos esenciales de las personas: los llamados nacionales y los internacionales. Sin embargo, sabemos gracias a Santi Romano y a Bobbio que cada uno de ellos representa una complejidad y que, a su vez, los mismos no sólo interactúan entre sí, sino que lo hacen también, con otros ordenamientos jurídicos. De modo que si se trata de hablar de las normas de derechos fundamentales hemos de partir manejando esta múltiple complejidad.

Por un lado, Bobbio destaca el mérito de la teoría de la institución de Santi Romano en el sentido de haber desplazado los problemas que plantea la Teoría General del Derecho desde el punto de vista de la norma jurídica¹ al del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, pues con esta teoría se evidencia el hecho de que sólo puede hablarse de Derecho cuando haya un sistema de normas que forman un ordenamiento². Así, Bobbio señala que la expresión Derecho se refiere a un determinado tipo de ordenamiento. De modo que si hablamos de normas de derechos fundamentales, entonces hablamos de un ordenamiento jurídico sobre derechos fundamentales. *El Derecho de los Derechos Fundamentales* como lo llama Gregorio Peces-Barba.

Por otro lado, la expresión ordenamiento implica una pluralidad de elementos normativos, que no obstante, su pluralidad, conforman una unidad. En el caso del ordenamiento jurídico sobre derechos fundamentales existente en Chile, debemos desde ya considerar como macro partes del sistema a las normas sobre derechos esenciales de origen nacional (constitucionales, orgánicas constitucionales, legales, etc.) y a las normas sobre derechos esenciales de origen internacional (tratados internacionales ratificados y vigentes, normas consuetudinarias y principios generales del derecho internacional de protección de dere-

1. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. Trad. Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Editorial Debate, 1991, p. 156.

2. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 25 y 154.

chos fundamentales, resoluciones de organismos internacionales de protección, etc.). Sin ingresar aún a la pluralidad normativa existente en cada una de esas macro partes del sistema, que llamaremos micropluralidad.

Esta pluralidad, macro y micro, de normas que integran un ordenamiento jurídico complejo hace nacer una serie de problemas derivados de la relación y cohesión de todas las normas entre sí. Bobbio destaca cuatro problemas en la interrelación normativa: la unidad, las antinomias, las lagunas y las relaciones entre ordenamientos jurídicos.

A su vez, el principio de unidad, que refiere a una totalidad ordenada, resulta fundamental para la eficacia de tal ordenamiento jurídico. Ello resulta evidente si con Bobbio comprendemos que la necesidad de unidad del sistema plantea dos exigencias en su operatividad: Primero, las diferentes normas del Derecho han de articularse de un modo en que formen y operen como una estructura jerarquizada derivando todas las normas de la norma fundamental. Segundo, las mismas han de estar ordenadas y armonizadas entre sí de tal modo que no existan incompatibilidades ni lagunas. Del cumplimiento de estas exigencias depende el grado de eficacia o ineficacia del ordenamiento³.

Bobbio se plantea entonces el problema de la unidad del sistema desde una doble perspectiva. La de derivación de todas las normas del sistema de una misma y única norma fundamental. Cuestión que denominada "el problema de la unidad" en sentido estricto. Y la del carácter ordenado de dicha unidad. Cuestión a la que se refiere utilizando las denominaciones de "problema de las antinomias", "problema de la falta de integridad del ordenamiento jurídico" y "problema de las relaciones de los distintos ordenamientos jurídicos entre sí"⁴.

Tales interrogantes resultan muy clarificadores, por tanto, si lo que se quiere es vislumbrar cómo se está interpretando y aplicando un determinado ordenamiento jurídico, y por lo mismo, cuál es el grado de eficacia o ineficacia que el poder político demuestra en la materia. Tratándose del ordenamiento jurídico sobre derechos fundamentales,

3. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 175.

4. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 35.

la eficacia o ineficacia demostrada, evidenciaría a su vez, el grado de consistencia o inconsistencia, de responsabilidad o irresponsabilidad de poder estatal en el respeto de los derechos fundamentales, y en último término, el grado de moralidad o inmoralidad —en el sentido de ejercicio legítimo del poder soberano— del poder político, en este caso, en Chile.

El principio rector de unidad de todas las normas en la norma superior

La complejidad de un ordenamiento deriva de la existencia de diferentes fuentes, pero tal complejidad no excluye la unidad⁵. La unidad dentro del sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico complejo es explicado por Bobbio tomando como referencia la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico de Kelsen⁶, pues en la construcción kelseniana de la norma fundamental, que no depende de ninguna otra, radica la unidad del ordenamiento⁷. Así, un ordenamiento jurídico está jerarquizado en normas procedentes de fuentes sucesivas. Si partimos de las normas inferiores vemos que derivan de sus superiores, éstas a su vez derivarán de las normas que se encuentran en el siguiente plano más elevado, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental, que es la que dota de unidad al conjunto de normas en que se esparce y que consideradas globalmente constituyen un ordenamiento jurídico⁸.

La estructura jerárquica de un ordenamiento se representa, siguiendo el formalismo kelseniano, en forma de una pirámide de pla-

5. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 25 y 154.

6. Para Hans Kelsen el último fundamento del orden jurídico se encuentra en una norma presupuesta. Se presume una norma cuya consecuencia es que el acto que deba ser entendido como acto constituyente sea considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas, y los hombres que la producen como autoridad constituyente. KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 59.

7. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 25 y 154.

8. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 159.

nos sucesivos. En el vértice de la pirámide se encuentra la norma fundamental, los planos intermedios estarían formados por normas ejecutivas respecto a la norma superior, que encarnan el cumplimiento del deber⁹ que éstas imponen; y productivas respecto a la norma inferior, que suponen la expresión de un poder¹⁰ originario o derivado a cumplir por la norma inferior. Y, en la base de la pirámide se encontrarían exclusivamente actos ejecutivos¹¹. Poder y deber son dos conceptos correlativos en una relación jurídica, que se puede definir como la relación entre el poder de un sujeto y el deber de otro sujeto¹².

Bobbio identifica la norma fundamental con aquella que establece la necesidad de obedecer al poder originario o poder constituyente. Pues si la Constitución es la norma superior de un ordenamiento jurídico, y el término norma significa imposición de deberes, todo deber, como se acaba de exponer, presupone un poder correlativo. Por tanto, toda norma constitucional ha de derivar necesariamente de un poder normativo, y ese poder normativo es el poder constituyente. Bobbio identifica al poder originario o constituyente, con “las fuerzas políticas que han instaurado un determinado ordenamiento jurídico”¹³.

El poder constituyente como poder último deriva de una norma superior que le atribuye el deber de producir normas jurídicas. Esta norma superior es la norma fundamental que no depende de ninguna otra, sino que ha de ser entendida como un presupuesto del ordenamiento, que si bien no es expresa, cumple en el sistema normativo “la misma función que los postulados en un sistema científico”. Los postulados se imponen por convicción o por presunción de validez, y de ellos se deducen todas las demás proposiciones. Lo mismo ocurre con la norma fundamental que también es una convención o una proposi-

9. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 155.

10. BOBBIO, N. *Teoría* 35.

11. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho* op. cit., p. 182.

12. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., 183.

13. *Ibidem*.

ción evidente, que se expande en una serie de fuentes de las que emanan diversas normas, y que en su consideración globalizadora encuentra su unidad precisamente en derivar todas de la norma fundamental, que al imponer el deber de obedecer al poder originario del que se deriva la Constitución, está imponiendo también el deber de cumplir las normas que suponen el cumplimiento sucesivo de la misma, o sea, leyes, reglamentos, decisiones judiciales, etc.¹⁴. La norma fundamental es, por tanto, el criterio unificador de todas las normas del sistema, dentro del sistema.

Además de considerar a la norma fundamental como el criterio unificador de todas las normas del sistema, Bobbio dota a la norma fundamental con el criterio determinante de la validez de las otras normas, pues señala como primer requisito de validez el que la norma haya sido dictada por el poder legítimo para expedir la 38. Si el poder del que emana la norma se puede relacionar, aun remontando en su caso los distintos planos en que se estructura el ordenamiento, con la norma fundamental, la norma pertenecería al ordenamiento, al conjunto de normas en que se despliega la norma fundamental y estaría en ese caso dotada de validez¹⁵.

También la unidad de las normas de un ordenamiento jurídico en la norma fundamental, además de determinar su validez, es exigencia de eficacia, de efectivo cumplimiento. La norma fundamental, al imponer el deber de obedecer a los detentadores del poder originario o poder constituyente, legitima al mismo tiempo al poder originario para ejercer la fuerza, a través de la organización de la sanción, mediante la estructura que determina la naturaleza y entidad de las mismas, las personas que deben aplicarla y su ejecución 40. Por tanto, la eficacia del ordenamiento, en cuanto encuentra su origen en la habilitación de la norma fundamental al poder constituyente para organizar la fuerza, se encuentra localizado, al igual que la unidad de las distintas fuerzas que la integran, en la norma fundamental.

14. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 181.

15. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 155 y 185.

Así, Bobbio entiende el concepto de unidad desde el punto de vista de la estructuración kelseniana del ordenamiento en un orden jerarquizado, en un orden piramidal en cuyo vértice radica la norma fundamental de la que derivan las normas que integran las diferentes fuentes situadas en planos sucesivos, y que pueden ser todas ellas re-conducibles a la unidad de la norma superior de la que emanan. Tal norma fundamental es la unidad a la que se reducen todas las normas que componen el ordenamiento, y al mismo tiempo es la responsable de que éste sea eficaz, en cuanto establece el deber de obedecer al poder constituyente, al conjunto de fuerzas políticas que han instaurado un determinado ordenamiento jurídico. La eficacia es un requisito imprescindible para que el ordenamiento jurídico sea válido, para que tenga existencia en cuanto tal. Bobbio sitúa en la norma fundamental tanto la idea de unidad, como la de eficacia y validez del ordenamiento jurídico¹⁶.

De todo lo expuesto extraemos como conclusión lo siguiente: Primero, si un ordenamiento jurídico tiene unidad es que todas las normas de sus diferentes fuentes estructuradas jerárquicamente se derivan de una única norma superior. Segundo, para que un ordenamiento jurídico tenga existencia en cuanto a tal, tenga validez, ha de ser eficaz. Y, tercero, la eficacia del ordenamiento jurídico requiere una norma fundamental que establezca la necesidad de obedecer al poder originario o constituyente, dotándolo del ejercicio de la fuerza como instrumento necesario para ejercer el poder, y que a su vez legitima su ejercicio por las normas sucesivamente inferiores, que necesitarán del uso de la fuerza para cumplir las prescripciones impuestas por la norma de inmediato rango jerárquico, y así sucesivamente hasta alcanzar la norma fundamental, en la que radica la unidad, configurándose por tanto en la norma de cierre del sistema.

16. BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, op. cit.

II. RASGOS DE ESPECIALIDAD DE EL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SISTEMA JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Objeto y Fin:

Proteger a la persona en su esencia frente a acciones u omisiones del Estado u otros sujetos. Ello es lo que se hace o pretende hacer actualmente por medio del establecimiento de un ordenamiento jurídico especial y específico al efecto, que se estima en el ethos de la comunidad internacional de naciones como un requisito inexorable para la constitución de un Estado en Estado de Derecho, y por ende como una organización legítima. Tal ordenamiento jurídico posee en este momento de su desarrollo cinco elementos que se consideran esenciales para que pueda ser estimado como un auténtico *"sistema jurídico de protección de los derechos esenciales de la persona"*. A saber: normas jurídicas que crean el sistema de protección; El catálogo de los derechos que se reconocen a las personas, se promueven y protegen; órganos encargados de la labor de protección; mecanismos establecidos para velar por la vigencia, promoción y respeto de los derechos y para conocer de las violaciones de los mismos y procurar su reestablecimiento, y Los procedimientos establecidos para implementar tales mecanismos de promoción, protección y resguardo.

Este objeto y fin del Derecho de los derechos fundamentales es expresamente manifestado en todas las fuentes que conforman el sistema. Así nuestra Constitución señala en su artículo 5º: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"¹⁷.

Más claramente configurado en Chile, el Derecho de los Derechos Fundamentales gracias a la incorporación en el ordenamiento de

17. (Inciso 2º art. 5º Pol. del E. Enmendado por artículo único N° 1 de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989).

la norma del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, como todo titular de poder que conoce de tanto las obligaciones que su ejercicio impone como también de los privilegios que confiere, los que además pueden siempre ser ejercidos para satisfacer intereses particulares o de grupos específicos, y no en beneficio común, el mundo político, jurídico y ético del país estuvo por años enfrascado en cinco conocidas interrogantes que surgieron desde las incomodidades de poderes pasados, presentes y futuros. *"Interrogantes que genera la reforma del artículo 5º inciso 2º de la Constitución"*, se decía, como si "la reforma" fuese una señora, una sujeto, con vida propia. Cuestiones, sería más directo decir, que, según cuál sea el lugar que un individuo o individuo ocupe en la microfísica del poder, tensionan a sujetos concretos interesados en la antigua y compleja relación entre la ética y el poder, manifestada esta vez en el intento de dar efectiva vigencia a los derechos esenciales de las personas juridificándolos como límites objetivos y concretos al ejercicio del poder. Así ríos de tinta corrieron para determinar: ¿Cuál es el límite establecido al ejercicio del Poder Estatal?; ¿Cuál es el valor jerárquico de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos?; ¿Qué efecto produce en cuanto a las obligaciones que genera para los órganos del Estado?; ¿Cuáles tratados de derechos humanos quedan incluidos en la norma límite? Y ¿Qué se entiende por tratados "vigentes"?

Muchas de estas cuestiones para muchos no están terminadas, resurgen frente a cada intento de operacionalización eficaz del sistema, o bien, han mutado en pretendidas nuevas cuestiones que en verdad no son más que insistencia en las mismas pero disfrazadas de un discurso que intenta aparecer como políticamente correcto en el marco de una reestrenada, muy publicitada y exportada democracia.

La Integralidad

Las diversas normas del Derecho de los Derechos Fundamentales se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado

con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

También existe esa reciprocidad entre las fuentes de origen internacional y las de origen doméstico. Los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de los Estados, que puede ser fuente de normas internacionales, así como criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales.

La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los Estados Partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. En el ámbito nacional, el juez, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, debe tener en consideración las normas y la jurisprudencia internacionales.

También es relevante para la interpretación el conocimiento de "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones", puesto que ellas, así como las decisiones judiciales de los órganos de control internacional, son medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho Internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Concordante con esta idea, el artículo 5.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos emanado de la ONU y vigente en Chile dispone que: "No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

En el subsistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras b., c. y d. del artículo 29 de la Convención Americana. La letra b. reproduce la idea del artículo 5.2 del Pacto; la letra c. no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática repre-

sentativa de gobierno"¹⁸. La letra d. del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio, no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar¹⁹.

18. Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión "garantías judiciales indispensables", inserta en el art. 27 de la Convención. Ver Corte IDH, OC-9/87, nota 52.

19. La Corte Interamericana se pronunció sobre el punto en la Opinión Consultiva N° 10, basándose en parte en el argumento de que podía ser necesario interpretar la Declaración al interpretar la Convención Americana, en razón de lo dispuesto en el artículo 29 de este último cuerpo legal (Corte IDH, OC-10/89, nota 27, párrafo 36). Existen en Derecho Internacional otros instrumentos que pueden tener un papel en la decisión de casos de violaciones de derechos humanos: las resoluciones de los órganos internacionales como la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Asamblea General de la OEA. A diferencia de las fuentes anteriormente citadas, su valor jurídico se discute en tanto fuente del Derecho Internacional. El debate es importante para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que éste es objeto frecuente de resoluciones de la ONU o de la OEA. Se han dado diversos argumentos para asignar valor a ciertas resoluciones de organizaciones internacionales, particularmente a aquellas provenientes de las Naciones Unidas. Ninguna de las opiniones atribuye a una resolución la capacidad de crear, por sí sola, obligaciones para los Estados, pero ellas señalan los criterios que deben guiar el examen de la misma para decidir qué valor jurídico tiene. Cada resolución debe ser examinada para ver: si es una elaboración de una disposición contenida en un tratado si aparece de manifiesto en la misma que los Estados consideran su violación como una violación de la Carta y si la resolución puede, en conjunto con otros actos, constituir práctica y *opinio juris* suficiente para considerar el contenido de la resolución como normas de derecho consuetudinario. Si no puede atribuirse a la resolución fuerza vinculante para todos los Estados o para los Estados firmantes, la resolución juega de todos modos un papel en el Derecho Internacional. Dependiendo del número de Estados que la firmaron y de la representatividad de los mismos (por ejemplo, si los Estados provienen de las distintas regiones del mundo), la resolución será una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en algún tratado. En el hecho, no es infrecuente que los órganos de supervisión internacionales recurran a ellas, considerándolas una explicitación de disposiciones más generales contenidas en los tratados, en cuyo caso la resolución adquirirá fuerza por haber sido incorporada a la jurisprudencia.

La interpretación pro homine y dinámica siempre favorable a la vigencia efectiva de los derechos

Existen dentro del Derecho de los Derechos Fundamentales normas especiales y específicas relativas a la interpretación de normas jurídicas que tienen por objeto la protección de los derechos esenciales de las personas.

Una de ellas, relativa a los tratados está contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de la Convención de Viena establece que: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él²⁰. En cuanto a la historia de la adopción del tratado "les travaux préparatoires", la Convención de Viena la relega a una posición secundaria. La formulación de la norma del artículo 31 acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación, sin que haya entre ellos ninguna jerarquía: toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo.

Una segunda norma deviene de ésta primera, por deducción lógica y por manifestación de la voluntad de un órgano interamericano de protección de derechos. Si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma convencional sobre derechos fundamentales es la consideración del objeto y fin del tratado, y que éstos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. Esta norma interpretativa ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que

20. Artículo 31.2 a y b.

expresó en el primer asunto del que conoció que: "[...]el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema"²¹, y constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

En tercer lugar, la mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación constituye otra norma interpretativa del sistema: el dinamismo o carácter evolutivo. Ello se infiere en la amplitud del concepto "el contexto del tratado", ya que los instrumentos formulados "con motivo de la interpretación del tratado" son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero²². Por su parte, la Corte Internacional de Justicia manifestó su voluntad en orden a reconocer carácter normativo a este dinamismo al expresar en su Opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la presencia de Sudáfrica en Namibia que "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar"²³. Esta técnica, por lo tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que éstas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento en que se las interpreta²⁴.

El Carácter Erga Homnes. La igualdad en la aplicación de sus normas. La prohibición de discriminación arbitraria

En la base de las normas del Derecho de los Derechos Fundamentales de acuerdo a su naturaleza, objeto y fin subyace otro princi-

21. Corte IDH, Asunto de Viviana Gallardo y otras, Resolución de 13 de noviembre de 1981, Serie A N° 101/81, párrafo 16.
22. Esta es una de las razones que se dan para asignarle valor de norma a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
23. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ, Reports 1971, pp. 16-31.
24. Corte IDH, OC-10/89, nota 27, párrafo 37.

prio fundamental que rige su vigencia: el principio de no discriminación. Si los derechos humanos son aquellos derechos inherentes al ser humano, todos los seres humanos deben poseerlos, sin exclusiones. El principio de no discriminación está contemplado en todas las declaraciones y convenios generales sobre derechos humanos²⁵. Sin embargo, su violación ha sido tan recurrente que ha originado un sinnúmero de declaraciones y de convenios internacionales con el fin de enfatizar la prohibición de la discriminación por ciertos motivos²⁶, o en ciertas áreas en las que estaba más intensamente amenazado o era violado de manera sistemática²⁷.

Este principio se aplica también a los derechos que están reconocidos en el derecho consuetudinario y a todas las áreas que se encuentren reguladas por el Estado. En este último caso, el principio de no discriminación se transforma en un derecho humano más: el derecho a la igualdad²⁸.

25. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.1; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 14; y Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), artículo 2.

26. Entre otros, pueden mencionarse los siguientes instrumentos: Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1963, Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981, Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967 y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.

27. Entre otros, pueden mencionarse los siguientes instrumentos: Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951, el Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960.

28. PIDCP, art. 26; CADH, art. 24 C. Medina y C. Nash. *Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, 2003.

Por su parte, en el Derecho Convencional de los Derechos Fundamentales, aún cuando la regla general en Derecho Internacional es que las convenciones tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo las partes normalmente dos Estados u ocasionalmente un Estado y una organización internacional, aunque los tratados se celebran entre Estados, no emergen de ellos sólo obligaciones y derechos entre los Estados, sino que principalmente derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado.

La Corte Interamericana ha destacado este carácter especial de los tratados sobre derechos humanos, destacando además la jurisprudencia europea sobre el mismo tema: "La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención Europea son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes"²⁹. La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse dere-

29. Austria vs. Italia, Application N° 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, (1961), vol. 4 pág. 140, citado por Medina, op. cit.

chos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa [...] y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia al señalar refiriéndose a la Convención contra el Genocidio que en tal convención “los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”³⁰.

En definitiva, en el campo del Derecho Internacional contemporáneo se ha reconocido la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos, como una regla oponible erga omnes, asumida en interés de la comunidad internacional como un todo y cuyos sujetos no son los Estados contratantes, sino que los individuos en cuya protección y defensa son dictadas estas normas internacionales, extendiendo este tema más allá de la jurisdicción doméstica de los Estados a una jurisdicción comunitaria internacional, también llamada “jurisdicción universal”.

Este carácter erga omnes del Derecho de los Derechos Fundamentales trae importantes consecuencias en la operatividad del sistema: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados Partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo³¹, puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados; las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringi-

30. *Ibidem*, pág. 138.

31. Art. 60.5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

das³²; el control de las actuaciones de los Estados queda sujeta al control internacional de los órganos creados por los propios instrumentos convencionales, sin perjuicio de eventualmente sujetarse al control de la Corte Internacional de Justicia.

El derrotero seguido en Chile por el Estatuto de Roma, no sólo nos evidencia un importante grado de inmoralidad estatal al negarse a someter las más graves afectaciones a los derechos individuales provenientes de acciones u omisiones de carácter criminal de parte de sus agentes a la jurisdicción penal internacional. De un lado, se esgrime la excusa paradójica de querer diferenciar el actuar de un Estado de facto de un Estado de Derecho, cuando es esa misma conducta la que constituye a los “demócratas” en cómplices de las grandes infracciones habidas a la norma fundante del sistema, en autores de desprotección, en sostenedores de la impunidad. Del otro lado, se recurre a un aparente y pretendidamente irresoluble conflicto de mandatos fundamentales: o cumplimos el deber de legitimidad de dar protección y reparación efectiva a personas concretas que han padecido violaciones de sus derechos fundamentales o “hacemos patria” defendiendo de un modo totalmente asistémico, no integral, contra homine y anquilosado, la soberanía estatal. Lo que se hace en realidad es defender “la soberana maldad estatal”.

Las actuaciones tanto del Congreso Nacional, como las del Ejecutivo y el Poder Judicial, ya del lado del oficialismo como de la oposición a éste, nos muestran desde la manifestación de las personas soberanas en orden a no querer la continuidad del régimen de poder militar a la fecha, una pernicioso tendencia en la conducta estatal hacia la “legalización”, entendida como jibarización, en la aplicación de los diferentes elementos normativos que contiene nuestro ordenamiento jurídico que permiten reconocer y hacer efectivos los derechos individuales así como perseguir las responsabilidades por su infracción reparando a menos en ello a los sujetos vulnerados. Y no una tendencia a la “legiti-

32. Corte Internacional de Justicia. *Réserves à la Convention sur le Génocide*. Avis Consultatif. CIJ Recueil, 1951, p. 23. Citado en T. Buergenthal, C. Grossman & P. Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Editorial Jurídica de Venezuela, 1991, p. 172.

midad” esto es, al desarrollo y promoción del sistema jurídico de los derechos fundamentales y a la aplicación efectiva de sus normas sustantivas y adjetivas, conducta que no sólo es deseable sino que es “debida por el Estado”, so pena de comprometer la responsabilidad ética y política de las autoridades en particular y de comprometer la responsabilidad estatal en el concierto internacional.

No encuentro más explicación que la subordinación de la ética al ejercicio del poder, para los diez años que mediaron entre que el Estado de Chile suscribió la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas en 1995 y el año 2005 en el que como antesala de la votación de la nueva Ley de matrimonio Civil, los miembros de la Cámara de Diputados aprobaron por una leve mayoría dicha Convención que cuatro años antes había sido aprobada también por el Senado. No hay otra explicación para que luego de aprobada, un grupo de parlamentarios de oposición presentara un requerimiento al Tribunal Constitucional, que terminó con la decisión políticamente correcta de que no existían objeciones de fondo a la norma pero sí de forma toda vez que la materia del Tratado era propia de una ley orgánica constitucional y por ende debía ser re-tramitada como tal.

El propio Tribunal Constitucional no aplicó aquí criterios fundamentales del ordenamiento jurídico sobre derechos fundamentales como la aplicación integral del sistema, el deber de respeto de los derechos fundamentales, el deber de tomar todas las medidas necesarias para dar efectiva vigencia a los derechos, el principio pro-homine, el principio de igualdad y de no discriminación arbitraria —nunca antes se había planteado la exigencia de quórumes específicos por asimilación impropia de la fuente tratado a la fuente ley—, así como tampoco el deber de actuar de conformidad con un debido proceso, de actuar mediante un procedimiento racional y justo.

¿Resiste esta conducta estatal un análisis de razonabilidad? ¿Resiste un análisis de moralidad si a la vez que esto sucedía los ciudadanos asistimos atónitos a diez años de frustrados, solitarios y aislados intentos desde algunos lugares de la judicatura por conocer denuncias y querellas por violación a los derechos fundamentales que tenían que saltar dos vallas existentes por la apropiada acción u omisión estatal. Me refiero a la existencia y permanencia de una Ley de Amnistía y a la

inexistencia, aún después de 11 años de su suscripción, de la norma penal específica que tipifica el delito de desaparición forzada de personas y establece la imprescriptibilidad del mismo a la vez que prohíbe su amnistía, su indulto, declara improcedente la alegación de obediencia debida y su calificación como delito político, entre otras cosas.

A mayor abundamiento, el Ejecutivo se allana a la impropia decisión del Tribunal Constitucional, no alega ni siquiera la improcedencia de confundir dos fuentes del Derecho, tratado y ley, de origen, naturaleza y estructura totalmente diferentes, cada uno de las cuales aporta su especialidad al sistema y cuya confusión importa una soslayada afectación a la esencia de los derechos individuales que el tratado consagra. Y vuelve a reintroducir la fuente a un confuso sistema de exigencias que no termina, por inconveniencia que no por incapacidad, de clarificar otro de los puntos oscuros de la integración de las normas del sistema: Una cosa son los requisitos exigibles para que un tratado se entienda como vigente en Chile, tema entregado actualmente a la decisión jurisprudencial y otra cosa diferente es el hecho de que a efectos de cumplir con la aprobación legislativa requerida por la norma fundamental, el tratado habrá de someterse al procedimiento de tramitación de una Ley. Punto en el que es necesario clarificar que, no porque el Tratado se someta al procedimiento establecido para la Ley a objeto de obtener su aprobación o rechazo por parte del Poder Legislativo, transmuta en Ley. El tratado no dejar de ser tal durante dicho proceso. Y como tal, mantiene el fundamento último de su existencia y validez normativa en el consenso internacional de voluntades estatales que le dio origen. En los principios de validez material que inspiran dicho concierto de voluntades. Y que el Estado chileno compartió al suscribirlo. No puede un Estado luego, simplemente cambiar de opinión respecto a los valores que declara al mundo sostener y respetar. No puede hacerlo, sin al menos, asumir frente a los gobernados la existencia de ese cambio y acto seguido, ofrecerles una argumentación en la que dé cuenta razonada de los motivos y fundamentos del mismo. Cualquier otra conducta es un abuso de poder, constituye un exceso en el uso del razón de estado por sobre el Estado de Derecho. Lo que obviamente aleja al Estado chileno del calificativo de democrático, o dicho de otro modo, lo cubre de un manto de intolerable “ilegitimidad democrática”.

Finalmente, la Ley 20.050 publicada el 26.08.2005 si bien conserva intacto el artículo 32 N° 17 que le entrega como atribución especial al Presidente de la República el “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”, modifica esta última norma en el sentido de legitimar una apariencia impropia que intenta transmutar el Tratado en Ley exigiendo que dentro del procedimiento de aprobación o rechazo del mismo éste no sólo se “someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley” sino que además “requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 63” no obstante que un poco más adelante la norma modificatoria establece que “las disposiciones de 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” y que “corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional” diferencian-do, esta vez, adecuadamente las normas y estructuras de origen de los tratados de las de la Ley.

Todo esto, sin embargo, no modifica en nada el entendimiento de que la norma del artículo 50 N° 1 tiene por objeto establecer la obligación del Ejecutivo de solicitar la aprobación o el rechazo de los tratados internacionales, en general, que le presentare el Presidente de la República como requisito previo para proceder a la ratificación de los mismos. Acto por medio del cual se produce la vinculación del Estado a la norma en el concierto internacional, o lo que es lo mismo, se produce su entrada en vigencia a nivel internacional. Sostener que la exigencia de aprobación legislativa previa, por medio de esta misma norma, se establece también como un requisito para la entrada en vigencia del tratado a nivel nacional, es una extensión impropia, no autorizada por dicho precepto de la norma fundamental, cuya redacción es cierta y clara y no deja lugar a divagaciones.

III. TAREAS PENDIENTES DE UN ANÁLISIS SISTÉMICO Y DE UNA INTERPRETACIÓN PRO HOMINE Y EVOLUTIVA

1. ¿Cuál es el límite establecido al ejercicio del Poder Estatal?

Los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana ¿Cuáles serían esos derechos? Necesidad de probar su carácter de derecho esencial y natural. O bien, ¿esos derechos garantizados por la Constitución y los Tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile? Criterio establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 29: “Ninguna disposición de la siguiente Convención puede ser interpretada en el sentido de...c) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”.

2. ¿Cuál es el valor jerárquico de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y por ende la ubicación de sus fuentes en el ordenamiento jurídico?

¿Normas Constitucionales?, ¿Normas Legales? Iguales a la ley común o superiores a ellas. Y no olvidemos la incidencia de la respuesta en la solución de los conflictos que pueden haber entre normas de diferente jerarquía.

Son posibles criterios de interpretación: a) *La Jurisprudencia chilena*: Los Tratados internacionales en general, y dentro de ellos los relativos a Derechos Humanos, desde antes de la reforma tienen asignado valor de ley. Decisiones de la Corte Suprema constitutivas del criterio, entre otros, Godoy y otros con Fisco (1915); Sucesión Juan Gardaix con Fisco (1921); Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla con Guzmán (1936); Copropietarios del Predio Galletúe contra Estado de Chile (1984); Amparo a favor de Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier (1976) y Amparo a favor de Leopoldo Ortega Rodríguez y otro (1984), b) *La Historia Fidedigna del establecimiento de la Constitución Política de 1980*; “... debe quedar muy claro que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de nor-

mas que están por debajo de la Constitución, pero antes que la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados...³³ c) El objeto y propósito de la enmienda constitucional de 1989: "...la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos"³⁴.

La postura acorde con el fin y los principios del sistema sería basarse en el espíritu de la ley tendiente a robustecer la vigencia de Derechos Humanos en el país, y a partir de allí usar el artículo 5º como base para distinguir entre Tratados sobre Derechos Humanos y otros Tratados, dándole mayor rango normativo a los primeros.

3. **¿Qué efecto produce la explicitación en la norma fundamental y fundante de este límite a la acción soberana del Estado en cuanto a las obligaciones que genera para los órganos del Estado?**

Obligaciones "constitucionales" que acarrearán responsabilidad política individual son respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por Constitución y Tratados ratificados y vigentes. Obligación de respetar que significa en su sentido mínimo que los órganos del Estado no deben violarlos y en un sentido completo, que no deben violarlos pero también han de hacer posible su goce y ejercicio. Conductas esperables en cumplimiento de este deber son en el caso del Poder Legislativo, elaborando la legislación de desarrollo correspondiente y removiendo los obstáculos legales vigentes. Tratándose del Poder Judicial, haciendo una interpretación de los mismos siempre favorable a su pleno goce, no aplicando los preceptos legales contrarios, requiriendo a otros órganos del Estado el cumplimiento de su propio deber y protegiéndolos en su sentido más básico

33. Informe de la Comisión Técnica formada por abogados, especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, 5 de abril de 1989.

34. Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 47 de 20 de junio de 1974. Nota de Alejandro Silva Bascuñán.

cuál es conociendo de los recursos adecuados al efecto y tramitando esos recursos de modo oportuno y efectivo.

Obligaciones "internacionales" que acarrearán responsabilidad estatal internacional. Y que consisten en respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto y la Convención³⁵; adoptar medidas para hacer efectivos esos derechos³⁶ cooperar a la supervisión internacional³⁷.

La obligación de respetar y garantizar no sólo exige que ese Estado y sus agentes no violen los derechos establecidos en pacto y convención. Exige que el estado emprenda las acciones necesarias para asegurar a todos los habitantes el ejercicio y goce de tales derechos: "Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar, sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el reestablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos...". "La obligación de garantizar (...) no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"³⁸.

La obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos que reconocen: no puede entenderse como la necesidad de recepción interna del tratado. Ello más bien importa incumplimiento de la obligación de respeto. Esta segunda obligación significa una reafirmación de esa obligación básica, específicamente, significa, el deber del estado de preocuparse de que legislación interna no contradiga los tratados, el deber del estado de dictar legislación interna de desarrollo de los derechos que en su formulación internacional carecen de las precisiones necesarias para que puedan ser aplicados por el estado o invocados ante los tribunales de justicia de modo de dar aplicación real al

35. Artículo 21 del Pacto y 1º de la Convención Americana.

36. Artículo 40.1 del Pacto y 1º de la Convención Americana.

37. Artículo 40.1 del Pacto y 1º de la Convención Americana.

38. C. 166 y 167. Sentencia 29-7-1988 C.I.D.H. (Caso Velásquez Rodríguez).

carácter "self executing" de las normas de los tratados sobre derechos fundamentales, y el deber de adoptar todas las medidas no legislativas necesarias para el pleno uso y goce de los derechos.

4. ¿Cuáles tratados de derechos humanos quedan incluidos en la norma límite?

¿Sólo los "especiales" sobre derechos humanos? ¿Cualquier tratado que contenga norma sobre derechos humanos? ¿Qué se entiende por tratado internacional de derechos humanos? No hay una norma que defina cuándo un tratado puede recibir el calificativo de ser de "derechos humanos". Pero sí existe en el sistema un elemento decisorio: una respuesta de un órgano jurisdiccional internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la consulta ¿qué debe entenderse por "tratado concerniente a la protección de los derechos humanos"?: "Toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objetivo principal o de que sean o puedan ser partes del mismo estado ajenos al sistema interamericano"³⁹.

5. ¿Qué se entiende por tratados "vigentes"?

En el ámbito temporal, ¿vigentes al momento de aprobarse la reforma constitucional? Esto es, al 17 agosto 1989, fecha de publicación de la ley 18.825 que enmendó el artículo 5º o también los que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad? Tema central en cuanto a establecer cuáles serían dentro del sistema las normas de modificación de la constitución. Con la segunda alternativa se estaría autorizando un nuevo mecanismo de modificación de la Constitución en materia de derechos humanos, más flexible que el general, vía aprobación y ratificación de tratados sobre la materia.

39. Opinión Consultiva 1/82 de 24 septiembre de 1982 en relación al artículo 64 de la Convención Americana.

En el ámbito espacial, ¿vigentes en el plano internacional?, ¿en el plano nacional? ¿en ambos a la vez?, generando por tanto, diferentes deberes y responsabilidades nacionales, internacionales o ambas.

Lo cierto es que si atendiendo al criterio del "espíritu de la Ley", si el sentido de la reforma es robustecer la vigencia de los derechos humanos en el país, lo que interesa es su vigencia nacional con independencia de su vigencia internacional. Así los tratados vigentes en Chile constituyen un límite al ejercicio del poder estatal, aunque el mismo no pueda hacerse valer aún, o nunca, ante organismos internacionales.

De lo contrario habría que preguntarse, ¿será consecuente con el deber de los órganos del estado de "respetar" y "promover" los derechos humanos, exigir que el tratado esté vigente nacional e internacionalmente, para proceder a su efectiva aplicación en el país?

Pasados tales puntos generales, queda preguntarse ante la reforma ¿qué sucede con la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional? ¿Lo mismo que con la recepción de cualquier norma de derecho internacional? ¿Algo diferente considerando el sentido de la reforma del artículo 5º? ¿Puede después de ella, quedar el derecho internacional de los derechos humanos en la misma situación en la que estaba antes?

Recordemos que según la jurisprudencia nacional, la situación anterior era que el derecho consuetudinario de los Derechos Humanos se consideran normas que se incorporan global y automáticamente al ordenamiento nacional⁴⁰ mientras que el derecho convencional de los derechos fundamentales requiere al efecto de un acto expreso de incorporación al sistema⁴¹.

Conviene dejar esclarecido que en nuestro ordenamiento jurídico sobre Derechos Fundamentales no hay una norma que expresamente diga cuando un tratado internacional está vigente en el país. Varios autores han estimado que el artículo 32 Nº 17 en relación con artículo 50 Nº 1 de la constitución regula esta materia estableciendo que el acto expreso de incorporación de un tratado al sistema nacional está constituido por el tradicional y tristemente famoso "triple requisito" (apropa-

40. Lauritzen y otro con fisco/1955, Amparo Juan Lechin/1949.

41. Amparo Leopoldo Ortega/Corte Suprema, 1984.

ción del Congreso, promulgación y publicación del Tratado) por la remisión que la norma hace al procedimiento de aprobación de una ley. No obstante, una atenta lectura de tales normas y un análisis de su ubicación, sólo permiten establecer que allí se establecen cuáles son los requisitos para que el Presidente de la República pueda obligar a Chile internacionalmente, ratificando un tratado internacional, y no determinar que tales requisitos son, también, los actos expresos de incorporación que requiere cumplir un tratado para que se entienda incorporado y, por eso, norma vigente, en el sistema jurídico nacional.

En el punto, por tanto, no queda más que resituarnos en la solución del problema general de la forma de recepción del derecho internacional en el derecho nacional y mostrarnos partidarios, específica y razonadamente en relación con el Derecho Convencional de los Derechos Fundamentales, de las posturas tradicionales del monismo jurídico que postula la incorporación global y automática y del dualismo jurídico que postula la (visión monista del derecho) necesidad de un acto expreso de incorporación. Así y todo, aún nos quedaría por determinar, si tratándose del Derecho de los Derechos Fundamentales, ese acto expreso de incorporación es el tradicional "triple requisito", aprobación legislativa, promulgación y publicación (positivado por el DL. 247/73 y derogado por ley 18.903 de 9/1/90 jurisprudencia en relación al derecho internacional convencional). O bien, si no es tal, en tanto que de conformidad con el espíritu de la ley, deben quedar mejoradas las condiciones para la vigencia de estas normas en lo relativas al derecho convencional o tratados sobre derechos humanos. Sólo quedarían mejoradas éstas condiciones si al Derecho Convencional de los Derechos Humanos, no se le exige para entrar en vigencia más que al derecho consuetudinario, puesto que se trata de dos fuentes diversas pero del mismo sistema jurídico y un viejo aforismo nos dice que "donde hay la misma razón debe existir la misma disposición". Y tampoco, exigiéndole ni lo mismo que al derecho internacional general, que sería el caso del triple requisito por ser ese el criterio jurisprudencial mayoritario. Sino que postulando la necesidad de un sistema especial de vigencia para los tratados sobre derechos humanos, que podría ir desde la implementación de un monismo puro y simple, establecer la exigencia de la sola aprobación legislativa, o bien, combinando las exigencias

de la justicia y la seguridad, establecer el triple requisito no exigiéndole necesariamente promulgación y publicación, afirmando expresamente que el cumplimiento de esos requisitos es de responsabilidad única del Estado, que no puede alegar a su favor su propio incumplimiento, y que el Poder Judicial siempre podrá establecer la vigencia de los derechos, órganos y mecanismos de protección que consagre un tratado que ha sido firmado por el Presidente de la República e incluso, puede incluso estar ratificado ante la comunidad internacional, para un caso concreto, aunque los trámites necesarios para su entrada en vigencia nacional no se hayan realizado por incumplimiento del propio Estado, no se hayan cumplido íntegramente, o bien no se cumplan en el marco de un debido proceso, sin dilaciones indebidas y sin afectar la esencia de los derechos consagrados o garantizados.

Todo ello fundado en los deberes estatales de respetar y promover los derechos esenciales y de tomar todas las medidas necesarias para garantizar su plena y efectiva vigencia para todas las personas en condiciones de igualdad, en la doctrina de los "actos propios" del Estado y en el principio de la moralidad estatal.

A la vez, que haciéndonos cargo de la historicidad de este Derecho en particular que nos muestra que la exigencia de un acto expreso de incorporación cuyos trámites dependen del Estado, es un mecanismo que ya mostró plenamente su inconsistencia y contradicción como elemento de garantía de derechos fundamentales. Tal mecanismo se constituyó precisamente en la herramienta de violación sistemática de derechos fundamentales de miles de personas en América Latina en las décadas pasadas ante la emergencia de los gobiernos militares de facto.

Como asimismo, esgrimiendo el principio de la eficacia en el cumplimiento de las finalidades que le son propias, argumentando la triple naturaleza ética, política y jurídica de este sistema normativo, que nos obliga a considerar esa naturaleza como un elemento más de la complejidad propia y esencial del sistema que debemos considerar en la interpretación y aplicación del mismo. No pudiendo aceptarse, entonces, una aplicación puramente jurídica, menos únicamente legalista, de sus normas. El Derecho de los Derechos fundamentales es el conjunto de normas de mayor jerarquía, de validez superior y de una naturaleza tal que estructura y mide en su cumplimiento o incumpli-

miento cotidiano el grado de legitimidad del Estado y de la forma en que éste ejerce su poder frente a las personas. Es en este espacio jurídico donde se juega la Moralidad o Inmoralidad estatal, la moralidad o inmoralidad de quienes a su nombre ostentan y ejercen el poder, “la bondad o maldad estatal”, como diría Elías Díaz.

Mucho queda aún por “ordenar” dentro de este sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales. Con Bobbio podemos hacer un análisis más profundo de la unidad del sistema en sus dos sentidos. Y hemos de hacerlo pues él ya nos dijo que de la ordenación del sistema depende su eficacia. Buen papel pueden y deben jugar en ello los Jueces y Juezas de nuestra democrática República.

ASPECTOS ÉTICOS Y POLÍTICOS EN LA NOCIÓN DE JUSTICIA DE ARISTÓTELES

ALFONSO HENRÍQUEZ

1. JUSTICIA POLÍTICA¹

El presente trabajo tiene por finalidad destacar las repercusiones que la Justicia, como noción capital dentro del pensamiento de Aristóteles, traerá en los terrenos de la filosofía política del autor. En relación con lo anterior, resulta altamente interesante fijar la atención en el fundamento iusfilosófico de la Polis, la labor que le corresponde a los magistrados en la elección del régimen óptimo, y la defensa de la propiedad privada que el Estagirita lleva a cabo, y que nos llevarán a la conclusión de que dicho concepto, tradicionalmente abordado a propósito de la Filosofía ética, adquiere en la Política, una dimensión que la trasciende, y que la lleva a su máxima realización. Mi intención, no es sino ofrecer una lectura personal, directa y meditada, que en lo posible se ha propuesto la misión de apegarse al corpus aristotelicum sin mediadores ni intermediarios, en el entender de que muchas veces éstos, al encontrarse influidos por las ideas y estructuras mentales de su tiempo, dificultan en ocasiones la labor interpretativa, que ya por sí es compleja, incluso al centrarse en la fuente directa, como sucede en este caso,

1. La siguiente investigación forma parte de mi memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, titulada “Aspectos Éticos y Políticos en la noción de justicia de Aristóteles”.