

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*

The internationalization of the Constitutional Law

Gonzalo Aguilar Cavallo**

RESUMEN

La realidad nos muestra que el Derecho es afectado cada vez más por una dinámica que le es propia. En efecto, el Derecho es evolutivo por esencia. Lo que sí puede ser nuevo es la velocidad a la que se produce esta evolución e interrelaciones crecientes que existen entre las distintas ramas del Derecho. También puede presentar algún grado de novedad la interacción cada vez mayor entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional. Esta interacción del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional se produce en amplios ámbitos de este ordenamiento, pero, particularmente, en la esfera relativa a los Dere-

* Este artículo se publica en el contexto del proyecto de investigación N° I000186, en el programa Investigador Inicial, financiado con fondos de la Dirección de Programas de Investigación de la Universidad de Talca. El autor quiere agradecer la valiosa colaboración, la comprensión y el apoyo incondicional prestado por Rébecca Steward en la elaboración de este artículo. Del mismo modo, expresa su más sincero agradecimiento a los asistentes de investigación Daniela Méndez, Paulina Muñoz, María Paula Poblete y Verónica Valenzuela. Evidentemente, cualquier error en el trabajo es de exclusiva responsabilidad del autor.

** Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la Universidad de Talca, Doctor en Derecho, MA en Relaciones Internacionales, LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario. gaguilar@utalca.cl Recibido el 3 de mayo de 2007, aprobado el 16 de mayo de 2007.

chos Humanos. De acuerdo con nuestro punto de vista, la penetración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la esfera constitucional se ve reflejada, entre otros ámbitos, en las fuentes del Derecho Constitucional, de tal manera que altera el orden jerárquico de las fuentes e, incluso, la articulación misma de las fuentes.

PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derechos Humanos, interacción entre los sistemas jurídicos.

ABSTRACT

The reality shows us that law is increasingly affected by a particular dynamic. Indeed, law is evolving by nature. That it can actually be definitely new it is the speed on which that evolution and the increasingly interrelations existing among the different legal areas. The ascending interaction and rapport between the international law and the constitutional law might also be new in a certain degree. However, this interaction to the international law and the constitutional law actually happens in wide realms of the constitutional legal system, and particularly happens in the human rights field. From our standpoint, the penetration of international human rights law in the constitutional law field has a consequence in the constitutional law sources, in the sense that it modifies the hierarchical order of the sources and yet its articulation itself.

KEY WORDS

Constitutional law, International law, human rights, interaction between legal systems, penetration of the International law.

INTRODUCCIÓN

Nuestras reflexiones se producen desde la perspectiva interna del derecho nacional y, particularmente, desde el punto de vista del Derecho Constitucional. En este escenario, la mirada está enfocada hacia el Derecho Internacional. Desde el soporte de una visión general del Derecho Internacional, nosotros nos referimos especialmente al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al mismo tiempo, usamos la palabra compenetración entre las ramas del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional porque nos sirve perfecta-

mente para reflejar dos realidades que se encuentran totalmente presentes en la actualidad constitucional. Por una parte, nosotros detectamos una clara tendencia a una complementariedad y complementación creciente entre las normas de ambos ordenamientos jurídicos, y, por otra parte, pensamos que a través del Derecho Constitucional hay un proceso gradual y continuo de penetración de las normas, principios y estándares del ordenamiento jurídico internacional en el derecho nacional.

En este contexto, una rápida revisión de la literatura nacional especializada e incluso de la jurisprudencia nacional, nos lleva a concluir que el debate a este respecto se ha concentrado en una de las fuentes del Derecho Internacional, a saber, los tratados internacionales. Sin embargo, es posible apreciar que la presencia del Derecho Internacional en el derecho interno es cada vez más intensa y esto último se ve reflejado también en el resto de las fuentes del Derecho Internacional. En efecto, en materia de derechos humanos, esta presencia masiva del Derecho Internacional se ve reflejada en la necesidad del juez nacional de tomar en consideración todas las fuentes del Derecho Internacional de los derechos humanos, que no son otras que las fuentes propias del Derecho Internacional, contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y no, únicamente los tratados internacionales. Así, el artículo 38 referido, señala las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones y la facultad de decidir un litigio *ex aequo et bono*.

En este sentido, considerar las fuentes del Derecho Internacional significará conocerlas, invocarlas y aplicarlas correctamente. Esto último implicará para el juez nacional seguir una serie de criterios, pautas de reflexión y líneas argumentativas que en este trabajo serán propuestas. Con todo, el examen central de este estudio se focaliza en la influencia que ejerce en la estructura de fuentes, en particular, del Derecho Constitucional, el Derecho de los derechos humanos y, por esta vía, la presencia cada vez más intensa del Derecho Internacional. El entorno de nuestro análisis se concentra en los derechos humanos, pero los criterios y reflexiones que aquí se hagan pueden servir perfectamente para otras áreas de penetración del Derecho Internacional en el derecho nacional. De esta manera, hemos organizado nuestro estudio en una primera parte en la que analizamos ciertos criterios que deben guiar al juez y al defensor de los derechos humanos, para posteriormente abordar algunos rasgos diferenciadores de los derechos humanos que permiten considerarlos como elementos de justificación normativa. En tercer lugar, analizaremos la intersección que se produce entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional en lo relativo a las fuentes en materia de derechos humanos y, finalmente, examinaremos la jerarquía de los derechos humanos y, en particular, de las normas de *ius cogens*.

I. LA LUZ QUE ILUMINA EL CAMINO: PRINCIPIOS ORIENTADORES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La influencia y la presencia cada vez más intensa de todas las áreas del Derecho Internacional en el derecho interno y, particularmente, del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ha generado un cambio de paradigma en la estructura de fuentes del derecho interno y, especialmente, en el Derecho Constitucional.¹ Este cambio no es reciente, sino que ha venido produciéndose lentamente gracias a la irradiación normativa del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el Derecho Constitucional.

Este cambio de paradigma también puede reflejarse en lo que se conoce como el Estado constitucional de derecho, anteriormente configurado como el Estado de derecho, y que ahora con la presencia omnipotente y ubicua de los derechos humanos, nosotros podríamos calificar de Estado de los derechos. En otras palabras, el Estado constitucional, social y democrático de derecho en los albores del tercer milenio, debe definitivamente entenderse e interpretarse a la luz de los derechos humanos concretos, aplicables y vinculantes, tanto para gobernantes como para gobernados, de manera tal que lo constitucional, lo social y lo democrático estará justificado en la medida que se respeten y protejan efectivamente los derechos humanos. En este sentido, el intérprete del Estado de los derechos deberá comenzar su actividad a partir de los derechos humanos, cualquiera sea su fuente, y de conformidad con los valores que estos derechos encarnan.

Tomando en consideración el contexto anterior, hemos elaborado ciertos criterios elementales que guiarán nuestro estudio y que permitirán fundar el desarrollo de nuestras ideas. De esta manera, los criterios que a continuación se mencionan, son principios de reflexión que el lector debe mantener siempre en mente, hasta la conclusión de este trabajo.

1. Toda nuestra acción y nuestra reflexión debe estar guiada por la existencia de un verdadero sistema de derechos (humanos) cuyo pilar es la dignidad humana y, en ese sentido, el fin último de este sistema es que se protejan y respeten real y efectivamente los derechos humanos, y que este nivel de protección sea cada vez mayor.²

¹ Sobre la interacción y la interdependencia entre el derecho interno y el Derecho Internacional, vid. Aguilar Cavallo, Gonzalo: "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154.

² Bidart Campos, Germán J.: "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de

Es un lugar común, en la doctrina nacional y extranjera, el elevado valor atribuido a los derechos humanos en nuestra comunidad nacional y en la comunidad internacional, como un componente esencial del espíritu social y democrático de derecho. Según lo expresa Aguiló Regla, el sentido de un Estado constitucional, democrático y social de Derecho es, básicamente, erradicar los males más característicos de las dominaciones políticas, a saber, la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social.³ En este último sentido, resulta interesante recordar que la Unión Europea ha logrado instalar en forma definitiva, en el debate, la cohesión social como uno de los desafíos –jurídicos, económicos, sociales, culturales y políticos– más importantes de América Latina y el Caribe para el tercer milenio.⁴ Además, Kāgi ha afirmado que el sistema de derechos humanos en la Constitución es una categoría fundamental inamovible del Estado social, constitucional, solidario y democrático de derecho.⁵ Por su parte, en su momento, el Papa Juan Pablo II destacó que “tales derechos se refieren a todas las fases de la vida y en cualquier contexto político, social, económico o cultural. Son un conjunto unitario, orientado decididamente a la promoción de cada uno de los aspectos del bien de la persona y de la sociedad [...]. La promoción integral de todas las categorías de los derechos humanos es la verdadera garantía del pleno respeto por cada uno de los derechos”.⁶

Los derechos o la consagración de derechos humanos, fundamentales, esenciales, forma parte, por tradición constitucional, de la parte dogmática de la Constitución, por contraposición a la parte orgánica relativa a la organización del ejercicio del poder.⁷ Así lo había formulado ya claramente y clásicamente la declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 en

derechos humanos”, en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente, p. 450; Nogueira Alcalá, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, p. 225.

³ Aguiló Regla, Josep: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa*, núm. 26 (2003), pp. 289-319, especialmente p. 291.

⁴ “Subrayamos que la cohesión social, que constituye el fundamento de las sociedades más incluyentes, sigue siendo un objetivo compartido y una prioridad clave de nuestra asociación estratégica birregional. La promoción de la cohesión social busca contribuir a la construcción de sociedades más incluyentes ofreciendo a todos la oportunidad de tener acceso a los derechos fundamentales y al empleo, de disfrutar de los beneficios del crecimiento económico con equidad y justicia social, y poder desempeñar plenamente de esta forma un papel en la sociedad. Continuaremos proporcionando a la cohesión social una prioridad relevante en nuestros programas birregionales de cooperación y asistencia y seguiremos promoviendo también los intercambios de experiencias entre nuestros países y regiones”. *Declaración de Viena*, Cuarta Cumbre Unión Europea – América Latina y Caribe, Viena, Austria, 12 de mayo de 2006, par. 37.

⁵ Kāgi, Werner: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 118.

⁶ Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, 1 de enero de 1999, número 3.

⁷ Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas bási-*

su artículo 16 cuando señala que “[t]oda sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentra asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.⁸ En esta línea, Aguiló Regla ha afirmado una idea que es generalmente compartida en el sentido de que esta declaración refleja los ideales del constitucionalismo.⁹ Como consecuencia, al comenzar a insertarse un catálogo de derechos humanos en las Constituciones o en el constitucionalismo moderno, la efectividad de esos derechos ha seguido la efectividad de las normas atribuidas a las normas constitucionales.¹⁰ En este mismo sentido, Aguiló Regla nos indica claramente cuáles son los principales rasgos distintivos del constitucionalismo, a saber, en primer lugar, “sitúa el reconocimiento de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico y político”, y, en segundo lugar, “recurre a la forma constitucional –entendida como opuesta a la forma legal ordinaria– como garantía de ese papel atribuido a los derechos”.¹¹

2. En nuestra opinión, sobre todo tratándose de Derechos Humanos, no es posible efectuar una aplicación formal, ciega e irrestricta ni una defensa pasional del principio de supremacía constitucional. En materia de Derechos Humanos, el principio que los operadores jurídicos deben tener siempre presente, es el de supremacía de los Derechos Humanos, individuales y colectivos, irrespectivamente del instrumento normativo que los contenga.

Es posible acordar con la idea básica del principio de supremacía constitucional entendiendo a la Constitución como norma suprema del Estado. Sin embargo, esta idea básica debe ser correctamente interpretada. No es posible entender la supremacía constitucional como un principio santificante que conduce a hacer primar la norma constitucional en todos los casos y bajo cualquier circunstancia, al menos no tratándose del Derecho de los derechos humanos, del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional Penal, del Derecho de los refugiados y del Derecho del medio ambiente. Esta última sería la visión de un Estado isla, jurídicamente aislado, descontextualizado de los avances normativos que ha experimentado el mundo contemporáneo en su conjunto. Este estudio, en cambio, propone una visión normativa integradora que complementa,

cos de Derecho Constitucional, Civitas, Madrid, 2001, p. 108; Aros Chia, Rodrigo: “La fuerza normativa de la Constitución: un principio vinculante de la judicatura constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 145-161, especialmente p. 160.

⁸ Jellinek, Georg: *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., segunda edición, 2003, pp. 81-84.

⁹ Aguiló Regla, Josep: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa*, núm. 26 (2003), pp. 289-319, especialmente p. 290.

¹⁰ Jellinek, Georg: *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., segunda edición, 2003, p. 82.

¹¹ Aguiló Regla, Josep: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa*, núm. 26 (2003), pp. 289-319, especialmente p. 290.

completa, jerarquiza y armoniza los sistemas jurídicos. Esta visión, desde el punto de vista de la coherencia e interacción de los ordenamientos jurídicos, permite localizar, ubicar, emplazar el ordenamiento chileno en el contexto jurídico mundial.¹² Dicho de otro modo, según nuestra visión, los Estados no pueden mantener sus concepciones anquilosadas de la soberanía entendida como verdaderas trincheras jurídicas en las que se habían parapetado los Estados al consolidarse la noción del Estado-Nación moderno.¹³ La experiencia jurídica actual indica que las fronteras jurídicas se hacen más tenues, permeables y tienden a desaparecer. Los controles de aduana de las normas jurídicas devienen más flexibles y esto es el reflejo de un proceso de integración, de una visión jurídica integrada de las normas sobre derechos humanos, pero por sobre todo, del reconocimiento de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

La visión tradicional de la supremacía constitucional “importa la circunstancia que la Carta Fundamental es la norma de mayor jerarquía, por lo que todas las demás disposiciones (ya sean leyes, decretos o actos de particulares) deben sujetarse a la Carta Magna”.¹⁴ El principio de supremacía constitucional obedece a la necesidad de proporcionar una solución jurídica ante la hipótesis de conflicto frente al carácter igualmente normativo de la Constitución y de la ley. Así, el principio de supremacía constitucional implica que la Constitución debe primar porque contiene los principios y valores básicos, esenciales y más importantes respecto de los cuales toda la comunidad se ha puesto de acuerdo, esto es la Constitución refleja el espíritu de valores de la comunidad en un momento determinado y por eso debe ser defendida, lo cual es muy distinto a afirmar que la Constitución es la ley suprema dentro del Estado y prima sí o sí. Recordemos que han existido períodos en la historia en que la Constitución ha sido manipulada para servir los intereses de unos pocos. En otras palabras, la lectura que proponemos de este principio es que la supremacía reside en los valores comunes esenciales y fundamentales, más que en el instrumento en sí mismo consi-

¹² Bidart Campos, Germán J.: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente p. 453.

¹³ Un examen de esta visión, desde la perspectiva del rol de los jueces, se puede encontrar en Correa, Rodrigo: “Poder Judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu”, en Saba, Roberto (ed.): *Los límites de la democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 339-347.

¹⁴ Navarro Beltrán, Enrique: “Justicia constitucional en Chile y protección de derechos”, en VV.AA.: *Estado de Derecho y reformas a la justicia*, Heidelberg Center para América Latina, Santiago, pp. 41-64, especialmente p. 53; Aros Chía, Rodrigo: “La fuerza normativa de la Constitución: un principio vinculante de la judicatura constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 145-161, especialmente p. 151. Esta noción clásica del principio de supremacía constitucional en el sentido de que la Constitución es una norma que prima “sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo”, fue tempranamente respaldada por el Tribunal Constitucional. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 27 de octubre de 1983, Rol 19, par. 10.

derado, vaciados expresa e implícitamente en la Constitución. En este sentido, los Derechos Humanos son el fiel reflejo de estos valores esenciales comunes.¹⁵ En materia de Derechos Humanos, el espíritu constitucional consagra la defensa irrestricta de los derechos humanos, y en ese sentido, el poder normativo de la Constitución es supremo. El efecto jurídico de este principio es expansivo, implica una apertura del ordenamiento para otorgar el espectro más amplio posible de protección de los derechos de sus ciudadanos.

Una Constitución y, en particular, la Constitución chilena, no disminuiría jamás el abanico de derechos de los que gozan los individuos. Una Constitución podría perfectamente omitir cualquier referencia a los Derechos Humanos, y ello no anularía en modo alguno los derechos que le pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser humano. El Estado está allí, ha sido creado, y la Constitución establecida para otorgar el soporte normativo, para proteger los derechos y libertades de los individuos, grupos y pueblos que aglutina el Estado. La Constitución no establece sino que reconoce derechos preexistentes, preconstitucionales. En este último sentido es que se ha pronunciado Solozábal cuando señala que “el derecho fundamental es esencialmente prejurídico, pues su modelo es la situación de libertad preestatal, ‘natural’”.¹⁶ La Constitución no crea los derechos humanos, sólo los reconoce, reconoce derechos preexistentes al texto constitucional. Así, de acuerdo con Silva Bascuñán, la enumeración contemplada en el artículo 19 no reviste carácter taxativo. Según este autor “una enunciación exclusiva y excluyente de los derechos personales habría sido por lo demás contradictoria con el inciso 2° del artículo 5°, en cuanto éste limita la soberanía no sólo con el respeto de los derechos contemplados en el texto constitucional, sino con el de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” [...].¹⁷ Pero, además, en el caso de nuestro país, la misma Constitución reconoce que su fin es lograr el bien común y procurar el desarrollo del individuo, y para esto, la protección de sus derechos y libertades es esencial. Esto es lo que, según Santiago Nino, proporciona justificación moral a la norma jurídica y al orden constituido. En efecto, este autor señala que “es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la

¹⁵ “Siendo los valores la condensación de los más caros ideales de la cultura de cada pueblo, ellos pernean no sólo el derecho o la política, sino cada manifestación de la vida social”. Cfr. Ríos Álvarez, Lautaro: “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente, p. 29.

¹⁶ Solozábal Echavarría, Juan José: “Garantías institucionales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 110.

¹⁷ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 27; Soto González, Rosa: “La ley de amnistía y su revisión de constitucionalidad vía recurso de inaplicabilidad”, en VV.AA.: *Estado de Derecho y reformas a la justicia*, Heidelberg Center para América Latina, Santiago, pp. 393-432, especialmente p. 407.

existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido.¹⁸ Además, en forma expresa la Constitución limita su supremacía, y no podría ser de otra manera, cuando en el artículo 5º señala que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esto último ha sido reconocido expresamente en dos sentencias recientes de la Corte Suprema de Chile, a saber, la sentencia pronunciada en la causa 559-2004, de 13 de diciembre de 2006 y la sentencia pronunciada en la causa rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007.

3. Los Derechos Humanos constituyen un cuerpo normativo orgánico integrado, que no es susceptible de disecciones, que no se puede separar. Esto último es particularmente importante cuando se pretende tratar como compartimentos estancos los Derechos Humanos en el ámbito internacional y los Derechos Humanos en el ámbito nacional. Mantener esta disección es antinatural y discriminatoria, el ser humano no puede gozar de un grado de protección mayor cuando se encuentre amparado por el Derecho Internacional y gozar de un grado de protección menor cuando se encuentre sometido a sus normas nacionales o internas. Esto carece de lógica. Lo lógico es que el individuo goce de una protección integral y en ese sentido el Estado, como entidad creada para representar y salvaguardar la integridad de sus integrantes, sus derechos y libertades, debe, en este sentido, establecer el estándar más alto de protección, ya sea, fijándolo él mismo o, si no lo tiene, igualando aquél más elevado. En este sentido, el estándar internacional de derechos humanos, reconocidamente más protector impone al Estado una doble exigencia. Por un lado, el Estado, de acuerdo con lo que establecen los ordenamientos constitucionales, tiene el deber de procurar el bien común, por lo que, como se ha dicho, debe establecer el estándar más alto, o fijar uno, si no existe otro más alto de protección de los derechos humanos. Pero, además, el Estado se encuentra obligado por su propia integración en la comunidad internacional –integración cada vez mayor y más férrea, producto de la globalización, como ya se ha dicho– a respetar el Derecho Internacional y los Derechos Humanos generados en este orden internacional. En este contexto de la internacionalización del derecho interno, a diferencia de lo señalado por Silva Bascuñán, nosotros sostenemos, de la manera más firme, que la internacionalización de los derechos debe conducir a asegurar que las Constituciones sean los instrumentos más eficaces posibles para garantizar del modo y en el grado más elevado los derechos humanos, tanto de individuos como de grupos y pueblos.¹⁹

¹⁸ Nino, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 368.

¹⁹ Cfr. Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 46.

Una de las reglas básicas de la participación en la comunidad internacional es respetar las reglas del juego y la primera de ellas es someterse a las dichas reglas. Estas reglas del juego se traducen, en términos del Derecho Internacional en las normas de Derechos Humanos que configuran el orden público internacional y, por lo tanto, son normas de derecho estricto. Esto arroja como consecuencia que en materia de Derechos Humanos, ningún partícipe de la comunidad internacional puede reclamar siquiera, mejor derecho para hacer primar o hacer valer sus propias reglas del juego, como si fueran prevalentes.

En Chile, la Constitución Política de la República establece que el fin del Estado es procurar el bien común.²⁰ Esta afirmación básica contenida en las primeras declaraciones fundamentales de la Constitución nos permite extraer una conclusión liminar en orden a señalar que la Constitución otorga un valor prevalente al bienestar de la comunidad antes que al bienestar del individuo, el cual, llegado el caso, puede ceder frente al interés global de la comunidad. El profesor Solozábal Echavarría señala claramente que el hecho de que la Constitución asigne “a la dignidad de la persona una posición fundamentadora de nuestro orden jurídico político, [...] imponiendo en consecuencia a los poderes públicos la obligación de su respeto y protección, [...] supone el reconocimiento del carácter instrumental o servicial del Estado como orden adecuado a la consecución de fines en modo alguno transpersonales [...] sino como organización cuyo único objetivo es asegurar un tipo de convivencia política congruente con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona”.²¹

Por otra parte, el mismo Estado de Chile ha adquirido compromisos internacionales que debe cumplir y honrar, principalmente de acuerdo al principio rector de la buena fe. En este sentido, el Estado de Chile ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, adquiriendo una obligación jurídica internacional e interna de cumplimiento de la normativa de la Convención, en cuyo artículo 27 consagra el principio de la primacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno del Estado.²² Esta disposición es jurídicamente vinculante en Chile, en su ordenamiento nacional, y todos los órganos del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial deben darle debido cum-

²⁰ “[...] El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece [...]”. Artículo 1º de la Constitución Política de la República de Chile.

²¹ Solozábal Echavarría, Juan José: “Garantías institucionales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 113.

²² “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

plimiento. Esto ha hecho nacer lo que el profesor Nogueira reiteradamente ha denominado el bloque constitucional de derechos, en el sentido de que los Derechos Humanos, en el derecho interno, tienen una doble fuente o bien se trata de un sistema de doble alimentación, por un lado, el texto constitucional y, por otro lado, el Derecho Internacional y, particularmente, el Derecho convencional Internacional y el Derecho consuetudinario Internacional. En este sentido, es posible destacar que una parte de la doctrina constitucional se ha desplazado desde el análisis del poder al análisis de los derechos, desde la perspectiva del Estado y su poder a la perspectiva del individuo y de la comunidad y de sus derechos y su dignidad. Así, el profesor Nogueira ha definido el bloque constitucional de derechos fundamentales como “el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena vigente”.²³

En el contexto del marco normativo de los derechos humanos en el Derecho Internacional, hoy en día es perfectamente posible hablar de un Derecho Internacional Constitucional a través de cuyas normas se articula el sistema constitucional internacional que regula el régimen de derechos que son esenciales para la comunidad internacional, en definitiva, que constituyen el corazón y el alma del orden constitucional de la comunidad internacional, configurándose como el fundamento último del orden público internacional.²⁴

4. Otro criterio importante es la coherencia y la buena fe.²⁵ Con base en la buena fe de las actuaciones humanas y según un principio de lógica y coherencia que la jurisprudencia ha llamado *principe allant de soi*, un Estado que ha asumido libremente una obligación internacional, especialmente en derechos humanos, ese Estado, sus órganos, individuos y grupos deben adaptar su con-

²³ Nogueira Alcalá, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, pp. 244-252; 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*, vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 403-466.

²⁴ Sobre la idea de un Derecho Internacional Constitucional, vid. Bidart Campos, Germán J.: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente p. 458.

²⁵ “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

ducta y su derecho interno en orden a asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.²⁶ No es posible, porque atenta contra el principio de buena fe y de coherencia, que un Estado o sus órganos hagan declaraciones o aseguren respetar el Derecho Internacional y, en definitiva, no lo incorporen a su orden jurídico interno ni lo apliquen en la comunidad local. Desde el punto de vista de los compromisos internacionales, que como tales, deben cumplirse con primacía, no es posible y es ilógico que el Estado asuma, en el ámbito internacional, obligaciones internacionales, especialmente en la esfera de los derechos humanos, y con posterioridad, ese mismo Estado o sus órganos, no actúen ni adopten medidas en el ámbito local para dar cumplimiento a esas obligaciones internacionales relativas a derechos humanos, o bien, que los órganos del Estado militen derechamente en contra de dar cumplimiento y honrar los compromisos internacionales.²⁷ Esto último es tanto más grave en cuanto se trate de obligaciones en materia de derechos humanos. Una vez más, los derechos humanos no admiten ni conocen líneas divisorias ni fronteras, ellos deben ser respetados y efectivamente protegidos en la realidad cotidiana, no pudiendo argumentarse en su contra que ellos relevan del Derecho Internacional o que ciertos Derechos Humanos han tenido su origen o pertenecen a otro ordenamiento jurídico. Además del argumento de coherencia y buena fe, está el argumento de texto en el sentido de que los Estados, para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, están obligados a adoptar medidas internas tendientes a dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 como según una norma internacional consuetudinaria universalmente aceptada.²⁸ En efecto, la Corte I.D.H. ha afirmado que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*principe allant de soi*)”.²⁹ En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”.

²⁶ Cfr. *Affaire des Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, N° 10, p. 20; Vid. Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, par. 68.

²⁷ Bidart Campos, Germán J.: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente p. 457.

²⁸ Corte I.D.H.: Caso “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, par. 87.

²⁹ Corte I.D.H.: Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, par. 68; Cfr. *Affaire des Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, N° 10, p. 20.

En Chile, un caso concreto de esta falta de coherencia y atentado al principio de buena fe se produce en el caso de la ratificación del Estatuto de Roma, tratado internacional que crea el Tribunal Penal Internacional.

5. Por otro lado, un principio rector debe ser tomar en consideración la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la necesidad de adoptar medidas internas de adecuación de la legislación nacional y, nosotros diríamos, además, de adaptación y adopción de los criterios jurisprudenciales, por tanto, en materia de Derechos Humanos.

Para entender esto último, debe tenerse en cuenta las obligaciones internacionales libremente asumidas por el Estado, *inter alia*, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Además, desde el punto de vista de la lógica y coherencia del sistema y teniendo siempre en vista la necesidad de otorgar los estándares más altos de protección de los Derechos Humanos, todos los órganos del Estado, individuos y grupos de personas deben reconocer, por mandato de la propia norma constitucional, a la Corte IDH como el intérprete supremo, último y definitivo de las normas relacionadas con los Derechos Humanos. Pero además, esta necesidad es una obligación del Estado, en su globalidad, respecto de todos los poderes y órganos del Estado, absolutamente todos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho consistentemente que este deber general de adecuación “implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención [Americana de Derechos Humanos]. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”.³⁰ La misma Corte I.D.H. ha especificado qué significa que las medidas de adaptación sean efectivas cuando señala que “Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella”.³¹ Por otra parte, la Corte I.D.H. también ha detallado los aspectos positivos y negativos que reviste la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH. En efecto, la Corte I.D.H. ha afirmado que “[e]

³⁰ Corte I.D.H.: Caso “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, par. 87.

³¹ Vid. Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, par. 69.

deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.³²

De esta afirmación es posible extraer dos conclusiones: en primer lugar, es el derecho interno y la actuación y prácticas de los poderes del Estado quienes deben adecuarse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³³ En segundo lugar, la obligación de adecuarse a las normas de derechos humanos se predica respecto de todos los poderes y órganos del Estado, poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esto último es una obligación jurídica, no una recomendación. Por lo tanto, una práctica efectiva, eficiente, jurídicamente obligatoria y procedente, y conducente a la observancia efectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la aplicación por parte de todos los órganos nacionales que ejercen jurisdicción, del Derecho de los Derechos Humanos y sus garantía, específicamente, de origen internacional, y de su interpretación y desarrollo a través de las enseñanzas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁴ De esta manera los órganos jurisdiccionales nacionales estarían cumpliendo con una obligación internacional y estarían efectuando una interpretación acorde con su carácter de derecho viviente y conforme con las características de los derechos fundamentales, esto es, universal e indivisible.³⁵ Vinculado con esto último, el intérprete de una Constitución viviente, es decir, portadora de un plexo de valores, que forja una justicia constitucional cosmopolita, justamente tiene la cabeza dirigida hacia esos valores y principios jurídicos de alcance universal, aun cuando tiene los pies en las condiciones político-constitucionales nacionales.³⁶

³² Vid. Corte I.D.H.: Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, par. 207.

³³ Saavedra Alessandri, Pablo: “La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias”, en VV.AA.: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 390.

³⁴ Cfr. Corte I.D.H., Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68, par. 137.

³⁵ “Personalmente siempre interpretamos que entre las medidas “de otro carácter” (o sea, distintas a las legislativas) se hallan las sentencias de los tribunales judiciales”. Bidart Campos, Germán J.: “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente p. 459.

³⁶ “Como la más alta afloración de la cultura, los valores no son cualidades estimables para declararlas o para admirarlas desde la lejanía. Los valores valen cuando se asumen, cuando se incorporan al ser y al obrar de las personas, de los operadores jurídicos y de los órganos de poder estatales e internacionales”. Ríos Álvarez, Lautaro: “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 57.

Cerrarse a ello, afirma Zagrebelsky, significa “predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales”.³⁷

6. La importancia del Derecho Internacional consuetudinario es vital y va *in crescendo* en el ámbito de la regulación nacional e internacional en materia de derechos humanos. En efecto, tal como señala Ortiz Ahlf los Estados que no son parte de los tratados internacionales sobre derechos humanos, “pueden resultar obligados en razón de una norma consuetudinaria, norma que puede tener incluso el rango de norma de *ius cogens*”.³⁸ De ahí la relevancia del reconocimiento, ya en varias oportunidades, por la Corte Suprema de Chile, de la incorporación automática de la norma consuetudinaria internacional, la cual es una fuente jurídica riquísima en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁹ Por ejemplo, son normas de carácter consuetudinario internacional en materia de derechos humanos:

a) La obligación de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos humanos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada;⁴⁰

b) El deber de introducir modificaciones en el derecho interno (tanto en su formulación, como en su interpretación, como en su aplicación) adaptándolo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso de *La última tentación de Cristo*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial”.⁴¹

³⁷ Zagrebelsky, Gustavo: “¿Qué es ser juez constitucional?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 155-171, especialmente p. 162.

³⁸ Ortiz Ahlf, Loretta: “Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 285-299, especialmente p. 299.

³⁹ Vid. Sentencia de la Corte Suprema de Chile, caso *Lauritzen con Fisco*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LII, 2ª parte, sección 1ª, p. 478 (1955); Cfr. Detzner, John A.: *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1988, p. 182.

⁴⁰ Vid. Corte I.D.H. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15, par. 43; Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, par. 25; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 8, par. 23; Cfr. Usine de Chorzów, compétence, arrêt Nº 8, 1927, C.P.J.I., Série A, Nº 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt Nº 13, 1928, C.P.J.I., Série A, Nº 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J., Recueil 1950, p. 228.

⁴¹ Corte I.D.H., Caso “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de

7. Las reglas relativas a los derechos humanos tienen su origen en la común naturaleza humana y, consecuentemente, en el valor universal de la dignidad humana, que beneficia, naturalmente, a todos los seres humanos. El respeto a ultranza de la dignidad humana, sobre lo cual existe un *consensus omnium* en la comunidad, fija un orden definitivo de valores, cuyo contenido puede variar en el sentido de aumentar –no disminuir–, pero sobre el hecho de la existencia de un orden de esa naturaleza, eso está universalmente reconocido, definitivamente establecido y comúnmente aceptado.

Por tanto, las normas, las reglas y técnicas de interpretación, los procedimientos de aplicación, por lógica, debieran ser iguales para todas las subcomunidades en las que se organiza la comunidad mundial. Esto no es sino una manifestación directa del principio básico de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, el cual es comúnmente aceptado. Esto último tiene además sus subconsecuencias al interior de los Estados, en el sentido de que todos los órganos, individuos o grupos de individuos, tienen el deber de aplicar las normas, las reglas y técnicas de interpretación, los procedimientos de aplicación propios de los derechos humanos, y que han sido definidos por el ordenamiento más protector y por el intérprete último, supremo de los derechos humanos, esto es, la Corte IDH. En este último sentido, a diferencia de lo planteado por Requejo Pagés, nosotros sostenemos que el edificio total de los derechos humanos que, como ya hemos mencionado es uno, uniforme y monolítico, no se acaba en la normativa constitucional, sino que engloba, abarca la estructura internacional y, por esta razón, el intérprete último, supremo de los derechos humanos es y debe ser, en razón de un principio de coherencia normativa iusfundamental, la Corte IDH, lo cual se encuentra resumido en el principio del intérprete supremo.⁴² El argumento anterior se encuentra estrechamente vinculado con otro principio, precisamente, el principio denominado de consideración unitaria de las fuentes, según el cual el juez de derechos humanos debe abordar las fuentes de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, como una sola unidad para los efectos de la selección de la o las más apropiadas, adecuadas o útiles. La postura que toma en consideración el Derecho Internacional y además el derecho extranjero, es decir, en palabras de Zagrebelsky, “la utilización y la citación por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales ‘externos’”, podría ser calificada como universalista.⁴³

5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, par. 87; Cfr. “Principe allant de soi”; Affaire *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.I.I., série B, N° 10, p. 20; Corte I.D.H.: Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. N° 68, par. 136; Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, par. 68.

⁴² Cfr. Requejo Pagés, Juan Luis: “Derechos de Configuración Legal”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 135.

⁴³ Zagrebelsky, Gustavo: “¿Qué es ser juez constitucional?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 155-171, especialmente p. 159.

En este contexto, desde el punto de vista de la interpretación, Solozábal señala que el principio de la dignidad humana “ha de proponerse también como guía para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales, no ya por el legislador o el Tribunal Constitucional, sino por todos los agentes del ordenamiento”.⁴⁴ En este sentido, atendido el contexto jurídico global, nos atreveríamos a moderar la afirmación de Montesquieu quien señala que “los jueces de la nación no son [...] más que la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Por supuesto que los jueces son y hacen mucho más que esto, sobre todo, en el orden de velar por la dignidad humana y de los derechos humanos.⁴⁵ En este mismo contexto, Silva Bascuñán señala que “es la cabal comprensión de lo que es la persona humana, de lo que, por lo tanto, ella tiene derecho a esperar de la sociedad política y, consecuentemente, de lo que a su vez ella está en condiciones de sacrificar tras el bien común de sus integrantes individuales y corporativos, el criterio superior que ha de informar las decisiones que se adopten en asuntos que a veces presentan alternativas dudosas y complejas”.⁴⁶ En esta materia, quizás sería deseable insistir en que los órganos jurisdiccionales efectúen un control más efectivo y una dinámica revisión constitucional de las normas –entendida como fuente de doble alimentación, una interna y otra internacional– “para cumplir con la función especial de darle especificidad a los textos constitucionales y de proteger los valores constitucionales mismos”.⁴⁷

Esto significa que las enseñanzas de la Corte IDH informan y deben guiar la actuación, la aplicación y resolución de aquellos casos en los que se vea involucrado el Derecho de los derechos humanos, se trate del órgano de que se trate, Tribunal Constitucional, Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, Tribunales civiles, penales, de familia, laborales (lo cual es particularmente interesante en estos momentos en Chile atendido la incorporación de un procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales en la relación de trabajo), Tribunal de libre competencia, tribunales tributarios, la Contraloría General de la República, Dirección del Trabajo, etc.

8. Vale la pena tener presente, en relación con los derechos humanos o fundamentales que estos se erigen como un muro de protección para el constitucionalismo o el Estado constitucional de derecho en el sentido de que los dere-

⁴⁴ Solozábal Echavarría, Juan José: “Dignidad de la persona”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 115.

⁴⁵ Correa, Rodrigo: “Poder judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu”, en Saba, Roberto (ed.): *Los límites de la democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 339-347, especialmente p. 340.

⁴⁶ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 41.

⁴⁷ Schuck, Peter: “El poder judicial en una democracia”, en Saba, Roberto (ed.): *Los límites de la democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 327-338, especialmente p. 333.

chos fundamentales constituirían lo que Häberle denomina cláusulas de eternidad, es decir, verdaderos límites materiales –defensas materiales– frente a eventuales reformas que pudieran barrer o vulnerar o restringir el principio de valoración más alta de la Constitución.⁴⁸ Así, estos derechos son consustanciales o conforman derechamente la sustancia de las Constituciones de los Estados constitucionales, es decir, nos referimos a “los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice, porque ésta constituye la base antropológica” de toda Constitución.⁴⁹ El profesor Silva Bascuñán ratifica “del modo más convencido y decidido una vez más que el constitucionalismo ha nacido y subsiste con el fin de servir a la persona humana y sus derechos”.⁵⁰

Lamentablemente discrepamos del profesor Zúñiga en el sentido de que el principio *pro cive* o de humanidad se utilice como regla de hermenéutica por parte de los operadores jurídicos asignándole a la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados sobre Derechos Humanos el valor de principio y refuerzo garantista *infraconstitucional* tutelar de los derechos.⁵¹ Tal como se ha visto, los Derechos Humanos deben ser un principio y refuerzo tutelar de la dignidad humana de carácter supraconstitucional, ninguna norma ni órgano se encuentra por sobre los derechos humanos, los derechos humanos son el árbitro del partido, que, en términos de igualdad y objetividad, dirige a los equipos dentro del terreno de juego. El terreno de juego equivale a la vida en comunidad y esta vida en comunidad está definida por la vigencia de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos determinan un orden público internacional y constitucional que efectúa el rayado de la cancha, en ese sentido, los Derechos Humanos determinan los límites de lo que se puede hacer y no hacer.

En efecto, el artículo 5º de la Constitución chilena contiene un mandato directo y expreso, explicitación de la principal cláusula fundamental y fundacional de la Constitución material, en el que se dispone la conformidad normativa de todas las normas, en fin, de todo el ordenamiento jurídico nacional –e internacional incorporado al derecho nacional– a los Derechos Humanos, todo el sistema jurídico debe ordenarse, subordinarse y regirse por el patrón de los derechos humanos. Lógicamente, nos referimos tanto a las normas infraconstitucionales como a las constitucionales.⁵²

⁴⁸ Häberle, Peter: *El Estado Constitucional*, (Trad. Hector Fix-Fierro), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., primera reimpresión, 2003, p. 146; Vid. Zúñiga Urbina, Francisco: “Democracia y Estado de derecho”, en Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 46.

⁴⁹ Häberle, Peter: *El Estado Constitucional* (Trad. Hector Fix-Fierro), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., primera reimpresión, 2003, p. 146.

⁵⁰ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 45.

⁵¹ La cursiva es nuestra. Cfr. Zúñiga Urbina, Francisco: “Democracia y Estado de derecho”, en Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 56.

⁵² Cfr. Soto González, Rosa: “La ley de amnistía y su revisión de constitucionalidad vía recurso de

Una vez más, como se ha señalado, el principio que debe guiar al operador es el de supremacía del derecho, no el de supremacía constitucional, lo que nos debe importar es la fuerza normativa de los Derechos Humanos y su eficacia, en absoluta armonía y coherencia, tanto en el orden interno como internacional, más que la fuerza normativa de la Constitución, ya que los Derechos Humanos constituyen un principio de legitimidad de la Constitución en sentido material. La Constitución tendrá fuerza normativa y, coherentemente, supremacía en la medida en que declare, ampare y proteja eficazmente la dignidad humana a través de los Derechos Humanos. En esta misma línea, uno de los elementos que proporciona mayor legitimidad a las Constituciones de los Estados constitucionales es la presencia expresa o implícitamente de los Derechos Humanos. En este sentido, Häberle señala que “los derechos humanos, en cuanto elemento clásico y vivo del tipo del Estado constitucional, se han convertido, al menos verbalmente, en una prueba universal de legitimidad”.⁵³ Además, en este contexto, Cruz Villalón ha afirmado que “en un sentido material se hace preciso incorporar un elemento adicional, cual es la íntima vinculación de estos derechos [fundamentales] a su reconocimiento universal e históricamente constante desde la aparición de las Constituciones, haciendo su presencia imprescindible en cualquier Constitución *legítima*”.⁵⁴

II. CIERTOS RASGOS DISTINTIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO ELEMENTOS DE JUSTIFICACIÓN

Por su propia naturaleza, en atención a que las normas de derechos humanos han nacido con una vocación natural hacia el ser humano, las normas o principios de derechos humanos tienen una vocación general hacia la unidad, hacia la unión o hacia convertirse en el punto de convergencia o en que confluyen los ordenamientos jurídicos, hasta hoy, considerados como sistemas férreamente separados y distintos. Los Derechos Humanos tienen la virtud de diluir o borrar esta diferenciación y llevarnos a un terreno común, de reflexión, de argumentación y de regulación común, los Derechos Humanos reflejan una tendencia hacia la unificación de los sistemas jurídicos.

inaplicabilidad”, en VV.AA.: *Estado de Derecho y reformas a la justicia*, Heidelberg Center para América Latina, Santiago, pp. 393-432, especialmente p. 412.

⁵³ Häberle, Peter: *El Estado Constitucional*, (Trad. Hector Fix-Fierro), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., primera reimpresión, 2003, p. 145.

⁵⁴ Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 108.

Es un hecho evidente, como se ha dicho, que el derecho interno ha sufrido la penetración cada vez más potente del Derecho Internacional.⁵⁵ En este contexto, como una derivación de la globalización, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha jugado un rol principal. En este sentido, discrepamos de la opinión del profesor Núñez quien sostiene que esta “constante penetración del Derecho no nacional en la teoría y práctica constitucionales es otra negación de la unidad jurídica ordinamental del Estado chileno”.⁵⁶ No vemos cómo es posible que la presencia del Derecho Internacional, sobre todo, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pueda afectar la unidad jurídica del ordenamiento nacional, si lo que hace es adecuar nuestro ordenamiento a los estándares más altos y exigentes establecidos por el Derecho Internacional, es más, ésta es una exigencia natural derivada de un principio básico de coherencia y responsabilidad del Estado, y a lo que apunta justamente es a la unidad, a la solidez y coherencia del ordenamiento nacional. La *ultima ratio* de la normativa a propósito de derechos humanos en el Derecho Internacional es la misma *ultima ratio* que debiera regir u operar en el Derecho Interno, insistimos, los derechos humanos son uno solo, la dignidad humana es la misma para todos los miembros de la familia humana, en consecuencia, un principio de coherencia exige armonizar ambos ordenamientos en materia de Derechos Humanos, asignándole el mayor valor al mayor estándar de protección, al estatuto que otorgue una mayor o un nivel más elevado de protección, irrespectivamente del instrumento que contenga el derecho humano.

Los derechos humanos son el reflejo de un arco iris de valores respecto de los cuales la comunidad ha alcanzado un amplio consenso, un consenso universal, lo cual es descrito como uno de los rasgos distintivos de estos derechos en el mundo contemporáneo. Respecto del significado más acotado de las consecuencias derivadas de la dignidad humana Solozábal señalaba que consiste “en el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno”.⁵⁷ Los derechos fundamentales reflejan en la sociedad una *communis opinio* y, por lo tanto, para cambiar el orden de valores tendrá que haber un *consensus omnium*.⁵⁸ Estos mismos derechos fundamentales, en el ámbito de la comunidad mundial, derivan de un *orbis totius consensus*, razón

⁵⁵ Ríos Álvarez, Lautaro: “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59, especialmente p. 40.

⁵⁶ Cfr. Núñez, Manuel: “Estado unitario: unidad del Estado y unidad de Constitución”, en Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 153.

⁵⁷ STC español 120/1990. Del mismo modo, el TCE ha señalado que la consideración constitucional de la persona humana implica abordarlo como “un ser libre e igual, capaz de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. STC 531/1985.

⁵⁸ Kägi, Werner: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 113-114.

por la cual una de sus características es la universalidad de los mismos. En palabras de Silva Bascuñán, “el Estatuto Fundamental deja, pues, abierto nuestro ordenamiento jurídico a la incorporación en él de todos aquellos derechos que vayan siendo necesario u oportuno explicitar dándoles el respectivo estatuto”.⁵⁹ Los derechos humanos reflejan, por tanto, un valor compartido y, en consecuencia, objetivizado, que poseen todos los individuos, bajo cualquier circunstancia y en cualquier lugar, cualquiera sea el régimen jurídico y político del momento en su país.

La preocupación por el respeto, protección y real vigencia de estos valores normativos, es compartido por la comunidad mundial y, por lo tanto, está presente, en primer lugar, en el Derecho Internacional, y, en segundo lugar, natural y lógicamente, en los diferentes derechos nacionales. En consecuencia, los derechos fundamentales son la expresión de valores aceptados por toda la comunidad mundial, dentro de la cual se encuentra nuestra comunidad nacional, que, por lo tanto, ha admitido y consagrado ese sistema de valores, como refleja la Constitución chilena en su Capítulo I denominado “bases de la institucionalidad”, y, consecuentemente, los derechos fundamentales deben ser realizados en el marco del orden constitucional que es o debiera ser coincidente con el orden internacional, en materia de estos derechos, ya que ambos prodigan la misma devoción a un sistema de valores universal, común, compartido e indivisible.⁶⁰

La Constitución o el orden constitucional, al reconocer o expresar o simplemente recoger ese orden de valores objetivo producto del acuerdo de la comunidad, lo que hace es únicamente fijar un sistema de derechos que tiende a permanecer. Permanece, pero al mismo tiempo es evolutivo, tanto en cuanto es permanente porque no depende de la subjetividad individual, es el acuerdo de la comunidad, fija el espíritu de la comunidad, que permanece, hasta que cambie, como cambian todos los estados de espíritu de la sociedad o de las comunidades. La Constitución principalmente en lo que se refiere a las normas relativas a los derechos humanos, del individuo, grupo o pueblo, contiene un derecho viviente que evoluciona, se adecua, se adapta, sensible a las exigencias constitucionales del tiempo presente. En palabras de Zagrebelsky, “la Constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección opuesta”.⁶¹ Este sistema de valores, produce, en esta materia, la objetivación del Derecho Constitucional, tal como lo hemos

⁵⁹ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 27.

⁶⁰ Gomes Canotilho, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 67-68.

⁶¹ Zagrebelsky, Gustavo: “¿Qué es ser juez constitucional?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 155-171, especialmente p. 163.

mencionado en otro lugar.⁶² En este sentido, Silva Bascuñán ha afirmado que “los derechos fundamentales, o cuando menos varios de ellos, funcionan simultáneamente como elementos objetivos incorporados al sistema representativo y luego democrático de gobierno, consustancial a la Constitución”.⁶³

Uno de los elementos que es posible rescatar en Chile desde el punto de vista de la teoría constitucional, es que la mayoría de los autores cuando intenta fundamentar su postura –a favor o en contra– respecto a la posición de los derechos humanos en el sistema de fuentes, amparándose en el artículo 5º de la Constitución, la gran mayoría recurre a la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, y escudriña en los debates allí producidos para extraer la sabia del significado constitucional, en circunstancias que esos debates responden a la lógica de la coyuntura político histórica *de facto* que vio nacer la Constitución de 1980. Esa Constitución de 1980, que ha sido reformada en diversas ocasiones recibiendo inyecciones de democracia, para bien o para mal, ahora está llamada a regir en una época de democracia, social y constitucional, de Derecho y de los derechos. En efecto, la época actual es la de una democracia evolutiva y evolucionada donde el fin real, verdadero, palpable –no ilusorio, teórico o retórico– del Estado es el bien común a través de una protección creciente de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos, y en esta democracia el Estado se revela como lo que es o debiera ser, un instrumento eficaz al servicio de la persona, los grupos y pueblos, en definitiva, al servicio de la humanidad. Los derechos humanos, su consagración y defensa aprecian el valor fundamental e irredargüible de la humanidad como un bien, de la dignidad tanto del ser humano como de su entidad colectiva, la humanidad, como un bien superior a proteger. Estos principios y valores constituyen y fundamentan la Constitución, en el sentido espiritual y material de la palabra –que refleja el consenso ético y valórico alcanzado en cada época determinada por la comunidad–, la inspiran, la guían y la limitan, así como al intérprete constitucional.⁶⁴ Como dice Kägi, los derechos humanos en la Constitución como valores que deben permanecer y evolucionar, si la comunidad lo decide, pero que se encuentran en la base de la existencia misma de la comunidad política y social, son las bases morales fundantes de la comunidad estatal.⁶⁵ Esta idea se encuentra también presente en Hauriou cuando él hace alusión a los derechos humanos y a las libertades públicas en la

⁶² Aguilar Cavallo, Gonzalo: “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, núm. 1 (2007), artículo en imprenta.

⁶³ Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 107.

⁶⁴ Zagrebelsky, Gustavo: “¿Qué es ser juez constitucional?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 155-171, especialmente p. 161.

⁶⁵ Kägi, Werner: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 116.

Constitución Política y en la Constitución social, significándolas como un bloque de ideas incontestable.⁶⁶ Los guardianes del Derecho deben convertirse en protectores no de los enunciados constitucionales, como norma de carácter superior, sino de este consenso ético jurídico alcanzado por la comunidad, como valor y principio universal, y núcleo central que es indispensable para el desarrollo humano, en otras palabras, deben velar porque ese consenso sea respetado, en cualquier tiempo, en cualquier lugar, bajo cualquier circunstancia.

Por otro lado, la trascendencia normativa de este consenso ético jurídico, es consecuencia lógica de su carácter de derechos ‘constitucionales’, es decir, de derechos incorporados a la Constitución, concretamente a una Constitución cuya eficacia normativa viene garantizada a través de un control de la constitucionalidad de las leyes”.⁶⁷ La Constitución, como ha señalado Laporta, “parece tener como contenido más característico el de proteger de las incursiones de la mayoría el ámbito de un coto vedado, que está compuesto básicamente por derechos fundamentales y por aquellos mecanismos institucionales que puedan ser condición para la garantía de esos derechos fundamentales”.⁶⁸ En opinión de Silva Bascuñán, el concepto de garantías constitucionales debe ser preciso ya que ellas se refieren claramente “a los recursos que aseguran los derechos reconocidos –no todo resumidos en los de protección y amparo–, pero que también puede significar que abarca todas las instituciones que sistematizan el Estado de Derecho, tal como también las medidas y los resortes con los que se busca que todas las autoridades y órganos se muevan dentro de él”.⁶⁹

Desde el punto de vista de la definición de los derechos fundamentales, Solozábal señala que estos son “facultades o pretensiones integrantes del status básico del individuo, elementos imprescindibles para su desarrollo y proyección inmediata de su dignidad como persona”.⁷⁰ En este sentido, “la inclusión de la dignidad de la persona en nuestra Constitución supone la conversión en jurídico de un valor moral, la determinación de cuyos efectos en el ordenamiento ha de considerarse un problema más, aunque decisivo, de la interpretación de éste”.⁷¹ En este orden de ideas, la relación que pueda existir entre dignidad y Constitución es estrecha e interdependiente, toda vez que, si bien la Constitución “pre-

⁶⁶ Hauriou, André: *Droit Constitutionnel*, Editions Montchrestien, París, 1968, p. 185.

⁶⁷ Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 109.

⁶⁸ Laporta, Francisco J.: “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa*, núm. 24 (2001), pp. 459-484, especialmente p. 477.

⁶⁹ Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 23.

⁷⁰ Solozábal Echavarría, Juan José: “Garantías institucionales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 115.

⁷¹ Solozábal Echavarría, Juan José: “Garantías institucionales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 114.

tende operar como la fuente suprema de validez jurídica y de legitimidad política”,⁷² lo cual se traduce en el principio de supremacía constitucional, la dignidad humana –de individuos, grupos y pueblos– debe ser considerada como una súper fuente de validez universal incontrarrestable, lo cual se traduce en el principio de rango superior y validez universal de supremacía de los derechos humanos, respecto del cual, todos los órganos del Estado, el Tribunal Constitucional y el resto de los órganos jurisdiccionales, son guardianes y garantes. Una actuación en infracción del Derecho Internacional por parte del Estado o de alguno de sus órganos, como el Poder Judicial, genera responsabilidad internacional y, en nuestra opinión, también responsabilidad extracontractual del Estado, si es que esta actuación ha vulnerado derechos humanos. Es incoherente argumentar que una misma actuación ilegal pueda generar responsabilidad en el ámbito internacional y no así responsabilidad en el ámbito interno. El Estado y sus órganos son uno solo, no se desdobra en dos actores, el Estado no se viste de gala para el foro internacional y simplemente de corbata para el foro interno, no se pone una máscara de incumplidor para el Derecho Internacional y se saca esa máscara y aparece como inocente y cumplidor de sus obligaciones en el derecho interno, reiteramos, sobre todo, cuando se trata de actuaciones que vulneran Derechos Humanos, ya que eso significaría una invitación o carta abierta para no cumplir con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el ámbito interno y ya hemos dicho que los derechos humanos tienen un único fundamento de aplicación y validez universal, por tanto, esa misma validez rige en la esfera tanto interna como internacional. En consecuencia, no hay razón ni argumento, ni lógica para no considerar una vulneración de Derechos Humanos como constitutiva de una infracción tanto al interior como al exterior de los Estados, y que haga surgir responsabilidad tanto interna como internacional, si es que entendemos que el régimen de derechos humanos es uno y el mismo, en ambos sistemas normativos. A nuestro entender, la razón es la misma, por lo tanto donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

Por último, debe mencionarse que la Constitución posee límites y limitaciones. Un elemento que debe tenerse siempre presente es el tema de los límites materiales de la Constitución. Dentro de estos límites materiales se encuentran aquellos denominados de los “límites inmanentes”, haciendo referencia a ciertos valores inherentes fundamentales implícitos en la Constitución, que la explican y la justifican, y que se reflejan fundamentalmente en los derechos fundamentales, que ocupan, por tanto, una posición preferente.⁷³ Muy vinculado con

⁷² Aguiló Regla, Josep: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa*, núm. 26 (2003), pp. 289-319, especialmente p. 297; Cfr. Aguiló Regla, Josep: “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en *Doxa*, núm. 24 (2001), pp. 429-457.

⁷³ Zúñiga Urbina, Francisco: “Democracia y Estado de derecho”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 44.

esta posición preferente –dentro del sistema constitucional– se encuentra la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que considera al principio de la dignidad humana como el principio fundamental más alto de la Constitución.

III. EL SISTEMA DE FUENTES Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde la perspectiva del orden jurídico internacional, en forma clara, el Derecho Internacional, por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la cual es derecho vigente en Chile y vincula a los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, tiene supremacía por sobre el Derecho Nacional, incluyendo la Constitución.

Mientras que, desde la perspectiva del orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile, el Derecho Internacional convencional tiene un rango constitucional supralegal.⁷⁴ No hay norma interna que permita alterar, modificar, o derogar la norma internacional si no es a través de los propios medios que establece el Derecho Internacional para ello, lo que significa que ni una ley y eventualmente, ni la propia Constitución podría afectar la existencia y obligatoriedad de una norma internacional en el ámbito interno. Ahora bien, tratándose de derechos humanos esta jerarquía de los tratados internacionales se ve particularmente acentuada y enalzada, pasando a ocupar un rango supraconstitucional, de tal manera que hasta la misma Constitución chilena debe someterse a las normas de derechos humanos en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución, cualesquiera que estas sean, pero en particular, y con especial evidencia y fuerza, tratándose de las normas imperativas o de *ius cogens*.

La evolución jurisprudencial chilena ha permitido confirmar cuál es la posición jerárquica del Derecho Internacional en nuestro sistema jurídico nacional. En Chile, ha habido dos fallos de la Corte Suprema que han consagrado, en forma definitiva, el principio de supremacía de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos, a saber, la sentencia pronunciada en la causa 559-

⁷⁴ “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; “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”. Artículo 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución Política de la República de Chile.

2004, de 13 de diciembre de 2006 y la sentencia pronunciada en la causa rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007.

En general, se ha entendido que en el derecho interno existe una estructura jerarquizada de normas. La conocida pirámide Kelseniana organiza las fuentes normativas ubicando en la cúspide de esta estructura a la Constitución. En efecto, desde la perspectiva constitucional, es generalmente aceptado que la Constitución ocupa un rango jerárquico superior o supremo, luego vendrían las leyes y, a continuación los reglamentos, para mencionar sólo las principales. Todas estas fuentes normativas encuentran su origen en órganos internos del Estado. En otras palabras, todas estas fuentes emanan desde el interior del Estado.

Ahora bien, hoy en día, el Estado se desenvuelve también en una comunidad internacional cada vez más determinada por el prefijo “inter”, esto es, interdependiente, interrelacionada, interconectada, con interacciones. Esto último es un hecho evidente que aparece como irredargüible. También podríamos sostener que este carácter “inter” refleja el rostro feliz de la globalización. En efecto, es un lugar común sostener que la globalización ante el derecho ha producido efectos negativos y presenta un aspecto positivo. Justamente, el aspecto positivo que quizás podríamos rescatar de la globalización en el derecho es un fortalecimiento del Derecho Internacional especialmente en materia de derechos humanos y del rol que este Derecho Internacional debe jugar en el concierto mundial. Esto último ha sido posible porque, gracias a la globalización, la comunidad internacional ya no es una simple sociedad, una simple sumatoria de naciones claramente delimitadas y diferenciadas, ya no es un simple punto de encuentro temporal o de pasada, sino que ahora se aborda como un real espacio de convivencia, de comunión, de común unión entre los individuos, entre los pueblos, en definitiva, en un espacio donde se busca el bien común de la humanidad. En virtud de que la comunidad internacional se ha transformado geográficamente en un espacio de real convivencia y, socialmente, en un ambiente de real colaboración, interacción e interdependencia, todas estas interacciones se sujetan ahora a un parámetro de conducta, a un mínimo común denominador, y ese mínimo común denominador está compuesto por ciertas reglas básicas de Derecho Internacional, y fundamentalmente, por los estándares esenciales provenientes de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario. Estos estándares normativos representan el contenido valórico o de valores mínimos que la humanidad se ha fijado para el siglo XXI como estándar mínimo aceptable o tolerable de convivencia, en otras palabras, este es el piso, el punto de partida. Nos preguntamos piso para quién y la respuesta que surge es piso para las sociedades estatales, naturalmente, son ellas las que están limitadas claramente por unas reglas del juego que la comunidad internacional se ha fijado, con un agregado, en este caso, consistente en que en este juego no existe la posibilidad de abandonar o de jugar según sus propias reglas.

En consecuencia, dado ese piso mínimo representado básicamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por el Derecho Internacional Humanitario, por las reglas del Derecho Internacional Penal, por el cuerpo de normas del Derecho de los Refugiados y por las normas del Derecho del Medio Ambiente, la regulación normativa interna de las sociedades estatales debe considerar necesariamente este piso mínimo, no pueden separarse de sus lineamientos y directrices y, además, deben asignarle en el ámbito local, como piso mínimo, el mayor nivel, la mayor jerarquía, el mayor rango, o sea, la cúspide de la pirámide normativa, de manera de convertir este piso mínimo en un piso indestructible e insoslayable.

Es un lugar común admitir que en el nivel superior de este piso mínimo se encuentran las normas de *ius cogens* o normas imperativas, las cuales por su naturaleza se consideran de carácter absoluto, respecto de las cuales nos ocuparemos brevemente en la parte final de este estudio.

A continuación, en materia de supremacía normativa en el orden jurídico interno y a propósito de la relación entre Derecho Internacional y rango jerárquico, debemos efectuar un razonamiento en dos etapas. Por un lado, en primer lugar, encontramos la posición de primacía suprema de las normas fundamentales internacionales que contengan normas protectoras de los derechos esenciales emanados de la dignidad humana, a saber, básicamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos propiamente tal, el Derecho Internacional Humanitario, las reglas del Derecho Internacional Penal y el cuerpo de normas del Derecho de los Refugiados y las normas del Derecho del Medio Ambiente, todas normas que tienden a proteger de una u otra manera la dignidad humana.

Por otro lado, debajo de las precedentes, jerárquicamente hablando, se encuentran las normas internacionales distintas de las anteriores, en cuyo caso debe tenerse especialmente presente los principios que se han establecido ya por la doctrina y la jurisprudencia e, incluso, el mismo derecho positivo internacional vigente sobre la materia, consistente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que consagra lisa y llanamente la supremacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno, incluso, tratándose de la Constitución. Así fue claramente establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, *inter alia*, en la Opinión Consultiva sobre la jurisdicción de los tribunales del Dantzig de 1928 y en la Opinión Consultiva sobre el asunto de las comunidades greco-búlgaras de 1930.⁷⁵

⁷⁵ Vid. Corte I.D.H. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, par. 44; Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C N° 7, par. 30; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C N° 8, par. 28; Jurisdiction of the

En otras palabras, desde una perspectiva global o general, el Derecho Internacional prima por sobre el Derecho interno y este último no podrá ser excusa para que un Estado deje de cumplir sus obligaciones internacionales, tanto al interior del Estado como en sus relaciones internacionales. Este principio general es particularmente poderoso, elocuente y es cada vez más intenso, en el caso de los estándares internacionales de Derechos Humanos.

Las normas de derechos humanos o, como señala el profesor Nogueira, el enunciado normativo, alteran, por un lado, el sistema de fuentes del Derecho Constitucional, en su totalidad y, por otro lado, las reglas clásicas en materia de jerarquía normativa de las fuentes del Derecho Constitucional.⁷⁶

En efecto, en materia de Teoría de las Fuentes, tradicionalmente se ha entendido que debe considerarse el instrumento que contiene la norma, ya sea reglamento, ley o Constitución –refiriéndonos a los principales–, para los efectos de determinar cuál prima sobre cuál, al momento de existir un conflicto de normas. Esta visión formalista, mantenida por muchos años y presente, sobre todo, gracias a la influencia del modelo francés, no es funcional a los derechos humanos y su jerarquía. En este sentido, cuando el operador jurídico se encuentra en frente de una violación de derechos humanos o de una disyuntiva en la aplicación de los derechos humanos, su reflexión no debiera concentrarse en el instrumento que contiene el derecho humano, ya sea decreto, reglamento, ley o la misma Constitución, sino en el derecho mismo. Tratándose de derechos humanos, el instrumento no interesa, el continente no importa, lo que francamente importa para el juez o para el jurista es el derecho humano mismo, en sí, el contenido normativo y que éste sea protegido y respetado.

En consecuencia, el conjunto normativo de los derechos humanos introduce una profunda alteración al sistema clásico de jerarquía de las fuentes, porque, hasta ahora, las fuentes se habían jerarquizado en atención a la importancia del instrumento y no, como debiera ocurrir realmente cuando se trata de la jerarquía “normativa”, en atención a la importancia del contenido normativo. En este sentido, en el contexto de los derechos humanos, la aplicación estricta, automática, irreflexiva de la jerarquía normativa tradicional puede conducir a peligrosos,

Courts of Dantzig, advisory opinion, 1928, P.C.I.J., Series B, N° 15, pp. 26 y 27; Question des “communautés” gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I., Série B, N° 17, pp. 32 y 35; Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deuxième phase), ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I., Série A, N° 24, p. 12; Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I., Série A/B, N° 46, p. 167; Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I., Série A/B, N° 44, p. 24.

⁷⁶ Nogueira Alcalá, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, p. 245.

contradictorios e incoherentes resultados, haciendo primar una ley que otorga menor grado de protección a un derecho humano por sobre un decreto que proporciona un grado de protección más amplio.

Es importante aclarar que el contexto de los derechos humanos no se reduce solamente a las violaciones graves de derechos humanos que se han producido durante la dictadura militar en Chile, sino que, por supuesto, los derechos humanos se extienden a esferas sociales, económicas, culturales, del desarrollo y medioambientales, es decir, tienen un vasto campo de acción y un extenso ámbito de aplicación. Uno de los ejemplos más patentes de lo anterior es la amplia discusión que se produjo durante 2006 en torno al derecho a la educación y a su calidad inherente, facilitada por el masivo movimiento social conocido con el nombre de la revolución de los pingüinos.

A continuación analizaremos brevemente cómo es posible articular las ideas aquí expresadas en el contexto de una Teoría General de las Fuentes. Para ello, revisaremos el sistema de fuentes en el ordenamiento nacional, primero en términos generales y, luego, un análisis comparado de las fuentes del Derecho Constitucional con el objeto de determinar la real vigencia del Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional, y en particular de los derechos humanos, y, a su vez, examinar el valor de fuente asignado a la costumbre en el Derecho Constitucional y dentro de esto el lugar que ocupa la costumbre internacional.

A. Sistema de fuentes en el ordenamiento nacional

Ya hemos señalado que la proyección e irradiación del Derecho Internacional hacia y respecto del Derecho nacional ha producido, en nuestra opinión, una alteración o acomodación, a las nuevas circunstancias, del derecho interno en lo que respecta al sistema de fuentes. En este sentido, por tanto, revisaremos brevemente el concepto de Fuentes del Derecho.

De acuerdo con la Teoría General de las Fuentes, es posible afirmar que la palabra fuente hace referencia al origen de donde proviene el derecho. Señala Torr  que el estudio de las fuentes del derecho es el estudio del derecho mismo en relación a sus fuentes y no el estudio de las fuentes en sí mismas.⁷⁷ Quinzio plantea que fuente, en el orden jurídico, es “el órgano o medio productor de la norma jurídica en su realidad o contenido concreto, o ya el fundamento de validez jurídica de las normas o bien la forma o manifestación de la norma jurídica”.⁷⁸

⁷⁷ Vid. Torr , Abelardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 314.

⁷⁸ Quinzio Figueiredo, José Mario: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, p. 73.

Primeramente, conviene precisar que cuando se habla de fuentes “del derecho”, entendemos éste no sólo en el sentido de Derecho objetivo y positivo, sino también en su manifestación subjetiva y no escrita. En efecto, un sector de la doctrina afirma que al hablar de Fuentes del Derecho se debe hacer referencia al único derecho que existe, es decir, al derecho positivo.⁷⁹ Tal como lo afirma Pacheco, el examen de las Fuentes del Derecho corresponde al “estudio de la aparición, elaboración y expresión en la sociedad de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo”.⁸⁰ En consecuencia, se tratarían bajo este título las fuentes del derecho positivo.⁸¹ Con todo, aun cuando no es el objeto de nuestro estudio, restará aún por aclarar lo que se entiende por derecho positivo.⁸²

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, es necesario tener presente que al hablar de Fuentes del Derecho no es posible referirse sólo a las fuentes del derecho positivo, pues se estaría dejando de lado una importante fuente, manifestación o forma de emanación del derecho, a saber, la norma consuetudinaria, consistente en que la comunidad en su conjunto crea una obligación jurídica a través de una conducta generalizada, repetida en el tiempo y uniforme, con el convencimiento de que esto responde a una necesidad social jurídicamente exigible. En efecto, el derecho aparece como un orden jurídico con principios supremos y esenciales, y el derecho positivo pasa a ser un reflejo de normas jurídicas inspiradas por los ideales de justicia y bien común.⁸³ En esta línea, Hübner señala que el derecho es uno solo, pero asume variadas formas al manifestarse en la realidad social.⁸⁴

En definitiva, como señala Torr , el sistema jurídico de normas presenta y reconoce orígenes y fuentes distintas. Así, unas encuentran su origen en el legislador, otras encuentran su origen en el juez y, en fin, otras surgen directamente de la convivencia social, la *ratio* social.⁸⁵

En las palabras de Mora se encuentra una afirmación que compartimos en el sentido de que “el derecho de nuestro tiempo no se agota en la formulación de

⁷⁹ Vid. Hübner Gallo, Jorge Iván: *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Santiago, 2002, p. 140.

⁸⁰ Pacheco G., Máximo: *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 1990, p. 315.

⁸¹ Cfr. Torr , Abelardo: *Introducción al Derecho*, Editorial LexisNexis-Abeledo Perrot, Decimotercera Edición Actualizada, Buenos Aires, 2002, p. 309.

⁸² Por ejemplo, para el profesor Escobar, el derecho positivo se entendería como “el conjunto de normas jurídicas válidas en un determinado ámbito espacio-temporal”. Escobar de la Serna, Luis: *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, op. cit., p. 42.

⁸³ Escobar de la Serna, Luis: *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, p. 42.

⁸⁴ Hübner Gallo, Jorge Iván: *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Santiago, 2002, p. 139.

⁸⁵ Torr , Abelardo: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 313.

un conjunto de reglas válidas provenientes de un legislador omnímodo, sino en la comprensión de espacios más amplios de juridicidad abiertos a principios jurídicos no positivizados, a exigencias racionales que superan los métodos de identificación jurídica a los que nos tenían acostumbrados en aquella teoría tradicional”.⁸⁶

De acuerdo con Pacheco, el concepto de Fuente del Derecho puede ser entendido de las siguientes maneras: “a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido derecho, b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social, c) autoridad creadora del Derecho como hecho de la vida social, d) autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente, e) acto concreto creador del Derecho, f) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho, g) forma de manifestarse la norma jurídica, g) fundamento de un derecho subjetivo”.⁸⁷ De acuerdo con lo anterior, el concepto de Fuente del Derecho se refiere a todo tipo de norma, escrita o no, que regula el comportamiento social y la relación que se genera con los poderes estatales, estableciendo directrices para su organización y solución de conflictos.

Dentro de los diversos conceptos de Fuente del Derecho, el cual en sí resulta equívoco, pues al tener diversas acepciones se presta para diferentes interpretaciones, resaltan dos concepciones principales, a saber, fuente en el sentido de causa o fuerza creadora del Derecho (fuente material), y fuente en el sentido de modo o forma como el Derecho se manifiesta (fuente formal).⁸⁸ En este mismo contexto, con el término Fuente del Derecho debiéramos entender dos aspectos, esto es, tanto el acto concreto (autoridad o ente) creador del derecho, como la forma de expresión de la norma jurídica creada.

Por consiguiente, cada rama del derecho (sea civil, constitucional, administrativa, etc.) tiene sus fuentes especiales y específicas. Sin embargo, tales expresiones son sólo un aspecto, es decir, enfoques parciales de lo que constituye el ordenamiento jurídico nacional.⁸⁹ Además, las Fuentes del Derecho pueden emanar de las distintas formas de organización territorial, a saber, supraestatal, comunitaria, interestatal, estatal, federal, confederal, autonómica. Cada una de estas formas de organización cuenta con su propio sistema de fuentes e interactúa y se interrelaciona con el resto de los ordenamientos de un modo diferente.

⁸⁶ Mora Restrepo, Gabriel: “Razón práctica y teoría del Derecho: a propósito del oficio del jurista”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, año 20, núm. 15 (2006), pp. 307-322, especialmente p. 312.

⁸⁷ Pacheco G., Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 315.

⁸⁸ Hübner Gallo, Jorge Iván: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 140. Para otras acepciones ver en Torre, Abelardo: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 309.

⁸⁹ Escobar de la Serna, Luis, *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, op. cit., p. 47.

B. Clasificación de las Fuentes del Derecho

Existen diversas clasificaciones de las fuentes atendiendo principalmente a las características que poseen las mismas. Una de las principales clasificaciones de las fuentes del derecho es aquella que se refiere a las fuentes formales y materiales, es por ello que con detalle se pasan a explicar a continuación:

1. Fuentes Formales:

Desde el punto de vista de la pregunta qué son las fuentes formales, se puede sostener que son la manifestación exterior de una voluntad dispuesta a dar nacimiento a una nueva norma jurídica. Ésta proviene de un acto humano, individual o colectivo, que le da origen, y la hace surgir a la realidad. Pero como la voluntad del hombre utiliza necesariamente una forma para manifestarse (ley, costumbre, sentencia, etc.), es esta forma la que se llama fuente del derecho, la cual no es otra cosa que el medio de exteriorización de la voluntad creadora del orden jurídico.⁹⁰ Dicho de otro modo, la fuente formal hace referencia a las distintas maneras de manifestarse las normas jurídicas.⁹¹

Se puede decir que son formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho, la cual emana de autoridades externas al intérprete.⁹² Por su parte, Hübner señala que las fuentes formales son las formas o cauces en que el derecho positivo está contenido y se manifiesta en la vida social. En otras palabras, las fuentes formales son sencillamente las formas de expresión del Derecho, a saber, la ley, la costumbre, las sentencias y, según algunos autores, las opiniones de los tratadistas y los tratados internacionales.⁹³

En opinión de Torr , las fuentes formales son los distintos modos de manifestaci3n del derecho positivo, o si se quiere, de las normas jurídicas enfocadas con relaci3n a su origen, las cuales se encuentran calificadas según el 3rgano que las emite, el procedimiento seguido y el valor y fuerza que adquieren los actos emitidos.⁹⁴

Además, no deben confundirse las fuentes formales del derecho con las normas jurídicas. Estas últimas son normas de conducta que regulan la vida de

⁹⁰ Mouchet, Carlos y Zorraquín Bec , Ricardo, op. cit., p. 177.

⁹¹ Torr , Abelardo, *Introducci3n al Derecho* op. cit., p. 311.

⁹² Pacheco G., Máximo: *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 316.

⁹³ Hübner Gallo, Jorge Iván, *Introducci3n al Derecho*, op. cit., p. 140.

⁹⁴ Torr , Abelardo, *Introducci3n al Derecho*, op. cit., p. 309.

los hombres con miras al bien común de la sociedad. En cambio las fuentes formales son las formas en que las normas jurídicas se manifiestan en la vida social.⁹⁵ Justamente, es ésta la distinción que intentamos recalcar cuando nos referimos a los derechos humanos como fuente, irrespectivamente del instrumento que los contenga.

Al interior de las normas jurídicas, el criterio discriminador para su clasificación sería evidentemente el origen o fuente de la cual cada una fluye, esta clasificación también se aplicaría para determinar quiénes y cómo se hallan autorizados para producir nuevas normas o modificar o dejar sin efecto las que se encuentran actualmente vigentes.⁹⁶

De esta forma, se pueden entender los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes normativos donde es posible hallarlas, identificando un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que se encuentran calificados para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creadas.⁹⁷

Por lo anterior, conviene no confundir la fuente formal que da origen al derecho, con la norma creada por ella. Pues, la fuente es el medio de producción, la norma el resultado. La primera se refiere a la forma que se utiliza, la segunda al contenido. Lo que interesa fundamentalmente en la norma jurídica es el precepto que al ser aplicado impone deberes, acuerda derechos o establece sanciones. Pero a veces se confunden ambas ideas, y se afirma que las leyes, las sentencias o las costumbres son normas jurídicas. En realidad, se trata de una expresión abusiva, pues las fuentes formales no son normas, sino que las contienen, o las traducen al lenguaje para su conocimiento y aplicación.⁹⁸

Ahora bien, desde la perspectiva de la interrogante de cuáles son las fuentes formales, Máximo Pacheco expresa que las fuentes formales del derecho más importantes son la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo.⁹⁹

Dentro de las fuentes formales se distinguen, en opinión de Torr , la ley, la costumbre y la jurisprudencia, son fuentes jurídicas que contienen normas en sí

⁹⁵ Pacheco G., Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 316.

⁹⁶ Torr , Abelardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 313; Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 206.

⁹⁷ Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 216.

⁹⁸ Mouchet, Carlos y Zorraquín Bec , Ricardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 177.

⁹⁹ Pacheco G., Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 316.

mismas. Además, considera que la doctrina, aunque por algunos es considerada fuente formal, él expresamente aclara que “no es una modalidad de derecho positivo [...] sino fuente material, que podrá inspirar el fallo de un juez”.¹⁰⁰

En cambio, Mouchet y Zorraquín coinciden en que, por un lado, las normas jurídicas se manifiestan en el derecho consuetudinario, la jurisprudencia y en la ley, pero, por otro lado, también se expresan a través de los principios generales del derecho o de la doctrina de los tratadistas. Estos últimos inspiran el trabajo de los legisladores y magistrados, señalando implícitamente que existen principios de justicia superiores al Estado y a los cuales este último debe someterse, como por ejemplo, aquellos que fundan, justifican y protegen los derechos humanos.¹⁰¹

Los autores Mouchet y Zorraquín concluyen que no importa explicar o clarificar las distintas posiciones doctrinales respecto de las fuentes, pues lo verdaderamente importante es no olvidar la existencia de un derecho superior que proviene de la naturaleza humana, garantizándolo y respetándolo, más allá de la postura conceptual que se tenga.¹⁰²

2. Fuentes Materiales o Reales:

Desde el punto de vista material, las fuentes son “todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas, todo aquello que contribuye a determinar el contenido concreto de las normas jurídicas”.¹⁰³ Las fuentes materiales son definidas como los factores y elementos que determinan, o al menos condicionan, el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas que el legislador tiende a resolver y, además, los fines o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla.¹⁰⁴

En otras palabras, las fuentes materiales son todos los factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas. Estas últimas, en efecto, no son un resultado fortuito de la evolución social, sino que obedecen a múltiples causas que en cierto modo están prefigurándolas, como factores religiosos, morales, políticos y sociales, y económicos.¹⁰⁵ De acuerdo a Máximo Pacheco son los factores históricos, políticos, sociales, eco-

¹⁰⁰ Torr , Abelardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 313.

¹⁰¹ Mouchet, Carlos y Zorraquín Bec , Ricardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 180.

¹⁰² Mouchet, Carlos y Zorraquín Bec , Ricardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 180.

¹⁰³ Aftale n, Enrique, Vilanova, José, Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1999, p. 562.

¹⁰⁴ Torr , Abelardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 310.

¹⁰⁵ Mouchet, Carlos y Zorraquín Bec , Ricardo, op. cit., p. 175.

nómicos, culturales, éticos, religiosos, etc., que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas.¹⁰⁶

Cabe notar que también influye el factor subjetivo, es decir, la personalidad misma del legislador, conformada, entre otros elementos, por el sentimiento jurídico. Esta fuente material contribuye no sólo a conformar el contenido de la legislación, sino también de la jurisprudencia, pues se entrecruzan en este concepto elementos sociológicos, políticos, psicológicos, etc.¹⁰⁷

Por tanto, según Squella, las fuentes materiales constituirían los factores de muy diversa índole (políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos, etc.) que, presentes en una sociedad dada en un momento determinado, y en dinámica y recíproca interacción de unos con otros, influyen de manera decisiva o, a lo menos, importante, en el hecho de la producción de las normas jurídicas del respectivo ordenamiento y en el contenido con el que estas normas resultan provistas.¹⁰⁸

Estos diversos factores se pueden clasificar como fuentes materiales directas e indirectas. En las primeras, se encuentra la sociedad, en cuanto ella da nacimiento a la costumbre jurídica; los órganos legislativos, que originan la ley, y los tribunales de justicia, que generan las sentencias. En las fuentes materiales indirectas, podemos encontrar a todos aquellos factores que de alguna u otra forma determinan la creación o transformaciones del Derecho, como los principios generales del Derecho, las doctrinas religiosas, filosóficas y morales, los factores económico-sociales, la labor de los juristas, las guerras y las revoluciones, el progreso técnico, etc.¹⁰⁹

C. Sistema de fuentes en el Derecho Constitucional

Una vez que hemos analizado brevemente la distinción entre fuente formal y fuente material, nos parece oportuno examinar el sistema de fuentes en el Derecho Constitucional chileno y comparado. En primer lugar, nos concentraremos en el examen de las distintas fuentes del Derecho Constitucional reconocidas en el derecho comparado, para luego centrarnos en el estudio de las fuentes del Derecho Constitucional chileno.

¹⁰⁶ Pacheco G., Máximo, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 316.

¹⁰⁷ Torrè, Abelardo, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 310.

¹⁰⁸ Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 208.

¹⁰⁹ Hübner Gallo, Jorge Iván, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 140.

1. Las fuentes en el Derecho Constitucional comparado

Si bien, las fuentes del Derecho Constitucional varían en los distintos Estados, ya que cada Estado tiene una diversa organización y normativa jurídica, de todos modos es posible establecer ciertos parámetros generales. Así, Badeni señala que “[...] las fuentes del derecho constitucional, tanto en su aspecto formal como material, se dividen en fuentes directas y fuentes indirectas. Son fuentes directas o inmediatas la Constitución, las leyes institucionales y la costumbre. Son fuentes indirectas o mediatas la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado”.¹¹⁰

Por su parte, Rascón Ortega coincide con Badeni en que las fuentes del Derecho Constitucional pueden ser directas o indirectas. Pero además señala que las fuentes directas se subdividen en escritas o primarias, que son la Constitución, la ley y el reglamento, y en no escritas o subsidiarias, que son la costumbre y los principios generales del Derecho. Respecto a las fuentes indirectas, éstas serían la jurisprudencia y la doctrina científica. A las fuentes directas escritas las denomina también primarias, mientras que a las no escritas las denomina subsidiarias.¹¹¹ Además, dentro del sistema de fuentes este autor agrega los tratados internacionales válidamente celebrados.¹¹² Es importante tener en consideración que las fuentes del Derecho Constitucional no sólo crean normas constitucionales, ya que los tratados internacionales, los cuales son fuente del Derecho Constitucional, crean normas internacionales, los cuales son incorporados al ordenamiento jurídico interno a través de la Constitución. Como podemos ver, no obstante algunas diferencias, hay concordancia entre los autores en que las fuentes del Derecho Constitucional se pueden dividir en fuentes directas y fuentes indirectas. Para distinguir las distintas fuentes del Derecho Constitucional, seguiremos la clasificación de Badeni.

1.1. Fuentes directas del Derecho Constitucional.

1.1.1. *La Constitución.* La Constitución es el “documento jurídico en el cual son expuestos de manera orgánica los principios fundamentales del ordenamiento normativo de un país, es la más importante de las fuentes del derecho constitucional. En ella solamente son sistematizados los preceptos básicos que prescriben las normas de conducta y organización”.¹¹³

¹¹⁰ Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional: Libertades y Garantías*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 49.

¹¹¹ Rascón Ortega, Juan Luis, “La problemática de las fuentes del derecho”, en Rascón Ortega, Juan Luis, Salazar Benítez, Octavio, Agudo Zamora, Miguel, *Lecciones de Teoría General y de Derecho Constitucional*, Ediciones del Laberinto S.L, Madrid, 1999, p. 149.

¹¹² *Ibíd.*, p. 170.

¹¹³ Badeni, Gregorio, *op. cit.*, pp. 49-50.

La norma constitucional es “una norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, ya que incorpora el sistema de valores que ha de constituir el orden de convivencia política”.¹¹⁴ Esto es así porque la Constitución tiene su fundamento en la consagración de valores superiores, que la sociedad en su conjunto considera fundamentales para poder desarrollar la convivencia política, como la dignidad de la persona, la libertad y la justicia, valores que, además, fundamentan la consagración de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional.

La mayoría de la doctrina considera que la Constitución es la fuente más importante del Derecho Constitucional, por ser la fuente inmediata de ésta y contener los principios y las bases sobre las cuales debe estructurarse el Estado, además de ser la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico interno de un Estado, al cual deben subordinarse todas las demás normas. Por nuestra parte, consideramos que la fuente más importante del Derecho Constitucional corresponde a las normas de *ius cogens* ya que su superioridad no se basa en una distinción formal, sino más bien en un criterio material que le daría primacía, sobre todo teniendo en cuenta el principio de protección más eficaz de los derechos humanos. En este último sentido, es un lugar común reconocer que el Derecho Internacional de los derechos humanos establece un estándar más alto y, por otro lado, las normas de *ius cogens* son normas imperativas, incontrarrestables e incontestables por el Estado y, por tanto, por la Constitución, frente a las cuales la voluntad soberana debe ceder.

1.1.2. *Las leyes institucionales, complementarias o normas constitucionales de segundo grado.* La ley en sentido formal “es el acto del Parlamento, normalmente investido de una serie de características entre las que destacan la generalidad y la abstracción, y aprobado según el procedimiento establecido en la Constitución”.¹¹⁵ Las leyes institucionales son “fuentes directas del derecho constitucional, siempre que sean concordantes con el texto constitucional, no se aparten de la Constitución, limitándose a desarrollar o reglamentar los principios contenidos en ella”.¹¹⁶ Esto es porque todas las demás normas deben ser dictadas conforme a lo establecido en la Constitución, respetando en su contenido los principios y directrices establecidos en ésta.

1.1.3. *La costumbre.* La costumbre “consiste en una conducta generalizada, constante y uniforme que adoptan los miembros de una sociedad con el con-

¹¹⁴ Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los derechos y libertades*, Editorial Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1996, pp. 155-156.

¹¹⁵ Sánchez Ferris, Remedio, *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, Segunda Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 424.

¹¹⁶ Badeni, Gregorio, op. cit., pp. 50-51.

vencimiento de que ella responde a una necesidad u obligación que es jurídicamente exigible”.¹¹⁷

Compartimos la opinión de Rascón Ortega, que señala que “a pesar que los movimientos de constitucionalización de las normas que se han dado en el derecho continental tienden a alejarse de esta fuente del derecho al buscar la máxima certeza jurídica, es bien cierto que la costumbre como modo de creación de normas no resulta incompatible con el Derecho Constitucional.”¹¹⁸

Hay países en que la costumbre tiene más influencia como fuente del Derecho Constitucional que en otros. Un ejemplo claro es el Reino Unido, en el que casi todo el derecho descansa en la costumbre. La Constitución británica está basada en prácticas más que en leyes. En España, en cambio, se presenta la costumbre con menos frecuencia como fuente del Derecho Constitucional. En este sentido, es aplicable el artículo 1º del Código Civil español, que señala que “la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada”.¹¹⁹

La costumbre está compuesta por dos elementos esenciales, uno material o externo y uno subjetivo o interno. Siguiendo a Badeni, el elemento “[...] material o externo está constituido por la reiteración generalizada en el tiempo de una conducta uniforme. El subjetivo o interno consiste en la convicción colectiva sobre la necesidad del comportamiento adoptado como medio idóneo para satisfacer los derechos del ejecutor y de su obligatoriedad jurídica”.¹²⁰ En general, tratándose de costumbre en Derecho Constitucional, se recurre a la triple clasificación consistente en costumbre *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem*. Esta distinción es prácticamente inaplicable cuando estamos frente a los derechos humanos, ya que ellos, insistimos, pueden tener su fuente en la Constitución, la ley, un tratado o en la costumbre, y en este último caso, la costumbre regirá con independencia de si complementa, suple o modifica una norma constitucional, porque lo que interesa es la vigencia y protección efectiva de los derechos humanos y no dejar incólume la normativa constitucional.

1.2. Fuentes indirectas del Derecho Constitucional

1.2.1. *La Jurisprudencia*. La jurisprudencia es la doctrina sentada por los Tribunales al decidir las cuestiones sometidas a ellos.¹²¹ La jurisprudencia generali-

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 51.

¹¹⁸ Rascón Ortega, Juan Luis, “La problemática de las fuentes del derecho”, en Rascón Ortega, Juan Luis, Salazar Benitez, Octavio, Agudo Zamora, Miguel, *Lecciones de Teoría General y de Derecho Constitucional*, Ediciones del Laberinto S.L, Madrid, 1999, p. 149.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 218.

¹²⁰ Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 52.

¹²¹ Sánchez Ferris, Remedio, *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, *op. cit.*, p. 462.

za espontáneamente las sentencias más allá del caso en que se dictan.¹²² Badeni señala que “[...] mediante la jurisprudencia no se crean normas constitucionales ni se aportan nuevos contenidos a la Constitución, sino que son precisados los alcances y significados atribuidos a las cláusulas contenidas en el texto constitucional otorgando uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional”.¹²³ Por lo tanto, la mayor importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho constitucional es su función interpretativa.

Es importante tener en consideración que en el sistema del *common law*, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los países latinos, las sentencias de los tribunales tienen una eficacia que alcanza más allá que solamente las partes que han litigado en la controversia. Esto ocurre porque su sustancia reguladora se transforma en precedente “que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, porque fuerza a resolver del mismo modo a los tribunales de semejante o inferior jerarquía respecto de aquellos que han dictado fallos que han conformado tal precedente”.¹²⁴

1.2.2. *La doctrina.* Siguiendo a Gregorio Badeni, “la doctrina, como fuente indirecta del derecho, está compuesta por las opiniones formuladas por los juristas desde la cátedra universitaria, el libro y cualquier medio técnico de comunicación social, con el objeto de determinar el significado de las normas jurídicas existentes y de proyectar nuevas disposiciones legales destinadas a regular, con mayor eficacia, razonabilidad y justicia, las relaciones sociales. En materia constitucional, su ámbito se extiende tanto a la interpretación constitucional como a la construcción teórica de nuevas instituciones”.¹²⁵

La doctrina es una fuente importante del Derecho Constitucional, ya que permite interpretar y dar claridad a las normas constitucionales, además de estimular su reforma cuando esto sea necesario. Se puede decir que la doctrina acerca las normas constitucionales a la realidad social y política imperante.

1.2.3. *El derecho comparado.* El derecho comparado, como fuente mediata o indirecta del derecho constitucional, consiste en “la descripción y análisis de los ordenamientos jurídicos fundamentales de los países extranjeros y de las organizaciones supranacionales, con el propósito de determinar sus bondades y defectos y de establecer las concordancias o divergencias que presenten en su análisis comparativo con el derecho local”.¹²⁶

¹²² Bidart Campos, Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 15.

¹²³ Badeni, Gregorio, op. cit., p. 54.

¹²⁴ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 158.

¹²⁵ Badeni, Gregorio, op. cit., p. 54.

¹²⁶ Badeni, Gregorio, op. cit., p. 55.

La importancia del derecho comparado como fuente indirecta del derecho constitucional radica en que mediante el análisis de los diversos ordenamientos jurídicos, tomando en cuenta sus experiencias y realidad social y política, se pueden adoptar instituciones jurídicas extranjeras que sean compatibles con la forma de ser de la sociedad adoptante, lo que puede resultar positivo para el desarrollo del Derecho Constitucional de un país.

1.3. Otras fuentes del Derecho Constitucional

1.3.1. *Principios Generales del Derecho.* Respecto a los Principios Generales del Derecho, existe una diversidad de posiciones existentes sobre su condición como fuente del Derecho Constitucional. Álvarez Conde señala que no son meros juicios de valor, sino que son auténticas normas jurídicas que expresan “las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen una función fundadora, interpretativa y supletoria respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico”.¹²⁷

Por su parte, Sánchez Ferris señala que los Principios Generales del Derecho “aparecen vinculados a la idea de actualización permanente y constante del ordenamiento jurídico, de manera que impregnan, inspiran y sustentan los valores mayoritariamente compartidos por la sociedad, generalmente plasmados en la Carta Magna”.¹²⁸ Además, este autor señala que buena parte de los principios generales del Derecho han sido incorporados al texto de la Constitución, como el principio de legalidad o igualdad, a los cuales llama principios constitucionales.¹²⁹

1.3.2. *Los Tratados Internacionales.* Los tratados internacionales se pueden definir como “aquellos acuerdos que suscriben diversos Estados soberanos entre sí o con organizaciones supranacionales y que vinculan jurídicamente a todos ellos, conformándose así como fuente del derecho”.¹³⁰

Uno de los temas que ha causado mayor discusión en el derecho comparado, ha sido la jerarquía de los tratados dentro de los ordenamientos jurídicos internos. En el ordenamiento jurídico español por ejemplo, la Constitución no señala la posición de los tratados en el sistema de fuentes, pero diversos autores como Sánchez Ferris o Rascón Ortega, señalan que los tratados internacionales se hayan

¹²⁷ Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los derechos y libertades*, op. cit., p. 253.

¹²⁸ Sánchez Ferris, Remedio, *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, Segunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 477.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 479.

¹³⁰ Rascón Ortega, Juan Luis, “La problemática general de las fuentes del Derecho, en Rascón Ortega, Juan Luis, Salazar Benítez, Octavio, Agudo Zamora, Miguel, *Lecciones de Teoría General y Derecho Constitucional*, Ediciones del Laberinto, S.L., Madrid, 1999, p. 171.

en inferioridad jerárquica respecto de la Constitución, pero en un rango supralegal. Por otra parte, en la Constitución argentina se señala expresamente la jerarquía de los tratados internacionales, en su artículo 75, inciso 22, el que establece que los tratados y concordatos tiene jerarquía superior a las leyes, y los tratados que consagran derechos humanos tienen igual jerarquía a la de la Constitución.¹³¹

Por nuestra parte, consideramos que la doctrina debe inclinarse a considerar a los tratados sobre derechos humanos de carácter supraconstitucional, ya que una vez ratificado un tratado sobre derechos humanos, este debe aplicarse por sobre la Constitución si es que protege de manera más efectiva los derechos humanos. Sin embargo, reiteramos aquí nuestra opinión en el sentido de que en la jerarquía de las fuentes no debe considerarse tanto el instrumento que contiene la norma sino el enunciado normativo mismo que en el caso de los derechos humanos es indudablemente de carácter superior.

2. Las fuentes del Derecho Constitucional chileno.

Tal como ocurre en el derecho comparado y siguiendo lo planteado por Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, las fuentes del Derecho Constitucional chileno se pueden clasificar en fuentes directas o fuentes indirectas.

Las fuentes directas o inmediatas están compuestas por la Constitución y las leyes interpretativas, las leyes complementarias, los decretos, reglamentos, instrucciones y circulares dictadas por el Ejecutivo, los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados, los autos acordados dictados por la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales.

Las fuentes indirectas o mediatas serían la costumbre y las prácticas políticas, la jurisprudencia de los tribunales, la opinión de los tratadistas, los dictámenes de la Contraloría General de la República y de otros órganos de carácter consultivo. A esta clasificación agregaremos los tratados internacionales, por ser una fuente importantísima no sólo del Derecho Constitucional chileno, sino del Derecho Constitucional en general.

2.1. Fuentes Directas o Inmediatas.

2.1.1. *La Constitución y las leyes interpretativas.* La Constitución es “un cuerpo de derecho positivo, un conjunto de normas de aplicación imperativa y concreta en la órbita del Estado, es la carta de contenido jurídico-político-social-

¹³¹ Bidart Campos, Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 15.

económico y cultural que reconoce derechos, deberes y garantías individuales y colectivas, y que es, a su vez, un instrumento de gobierno con propósitos prácticos, porque establece los poderes, determina las atribuciones y limitaciones de ellos y reglamenta los modos de su formación”.¹³² Las leyes interpretativas “son aquellas que promulgadas, de acuerdo a trámites distintos al de una reforma constitucional, no modifican la letra o texto de la Constitución, sino que se dictan con el objeto de aclarar y explicar el sentido y alcance de una norma o expresión, que se estima oscura, de la Carta Fundamental”.¹³³

2.1.2. *Las leyes complementarias.* Las leyes institucionales o complementarias “son aquellas que desarrollan y complementan el texto constitucional y en algunos aspectos materializan las disposiciones programáticas, que son preceptos constitucionales de carácter declarativo que consagran ciertos principios”.¹³⁴

Nuestra Constitución distingue entre diversos tipos o categorías de leyes complementarias. El artículo 66 habla de leyes orgánicas constitucionales¹³⁵ y de leyes de quórum calificado.¹³⁶ A éstas hay que agregar las leyes ordinarias o comunes y aquéllas destinadas a conceder indultos generales y amnistías.

¹³² Quinzio Figueiredo, José Mario, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, p. 73.

¹³³ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 10.

¹³⁴ Quinzio Figueiredo, José Mario, op. cit., p. 79.

¹³⁵ Las leyes orgánicas constitucionales son las siguientes: Inscripciones Electorales y Servicio Electoral (art.18); Ley N° 18.556, D.O. 1-10-1986. Votaciones Populares y Escrutinios (arts. 18, 26, 47, 49); Ley N° 18.700, D.O 6-5-1988. Enseñanza (art. 19, N° 11); Ley N° 18.962, D.O. 10-3-1990. Partidos políticos (art. 19, N° 15); Ley N° 18.603, D.O. 23-3-1987. Concesiones Mineras (art. 19, N° 24); Ley N° 18.097, D.O. 21-1-1982. Bases Generales de la Administración del Estado (art. 38); Ley N° 18.575, D.O. 5-12-1986. Estados de Excepción Constitucional (art. 44); Ley N° 18.475, D.O 14-6-1985. Congreso Nacional (arts. 52 N° 2, 74, 128); Ley N° 18.918, D.O. 5-2-1990. Organización y atribuciones de los Tribunales (art. 77). Tribunal Constitucional (art. 92 inc. final); Ley N° 17.997, D.O. 19-5-1981. Tribunal Calificador de Elecciones (art. 95 inc. final); Ley N° 18.460, D.O. 15-11-1985. Contraloría General de la República (arts. 98 y 99, inc. final). Fuerzas Armadas (art. 105); Ley N° 18.948, D.O. 27-2-1990. Carabineros (art. 105), Ley N° 18961, D.O. 7-3-1990. Banco Central (art. 108); Ley N° 18.840, D.O. 10-10-1989. Gobierno Regional y Consejeros Regionales (art.112); Ley N° 19.175, D.O. 11-11-1992. q) Municipalidades, Concejos, Consejo Económico y Social Provincial y Consejo Económico y Social Comunal (arts. 118 y 120); Ley N° 18.695, D.O. 31-3-1998.

¹³⁶ Son leyes de quórum calificado las siguientes: La que establezca las conductas terroristas y determina su penalidad (art. 9 inc. 2°); Ley N° 18.314, D.O. 17-5-1984. La que rehabilite a los que hubieran perdido la calidad de ciudadano en virtud de una condena por delitos terroristas (art. 17 inc. 2°). La que establezca la pena de muerte (art. 19 N° 1). La ley de abusos de publicidad (art. 19 N° 12 inc. 1°). La que regule la organización, atribuciones y funciones del Consejo Nacional de Televisión (art. 19 N° 12, inc. penúltimo). Las que regulan el ejercicio del derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18 inc. 2°). El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza (art. 19 N° 21, inc. 2°). Sólo por una ley de esta naturaleza y cuando lo exija el interés nacional se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (art.19 N° 23, inc. 2°). Se exige una ley de quórum calificado para contratar empréstitos más allá del respectivo periodo presidencial (art. 63 N° 7). La ley de control de armas (art. 103).

2.1.3. *Los decretos, reglamentos, instrucciones y circulares dictados por el Ejecutivo.* Este conjunto de normas, dictado en virtud del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, es “la facultad que tiene el Presidente de la República y otras autoridades administrativas para dictar normas jurídicas con contenido general que tienden a ejecutar leyes y a hacer cumplir la función administrativa encomendada al Estado por la propia Constitución”.¹³⁷

En materia de Potestad Reglamentaria tiene interés, como fuente del Derecho Constitucional, los decretos, reglamentos, circulares e instrucciones que se refieren a las leyes complementarias o reglamentarias de la Carta Fundamental, o sea, aquellos que reglamentan ya los conceptos constitucionales, ya las leyes complementarias de la Constitución. Un ejemplo es el Decreto Supremo (Ministerio del Interior) N° 1086 de 1983, que regula el ejercicio del derecho de reunión.

2.1.4. *Los Reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados.* Los Reglamentos de las Cámaras son “acuerdos de cada corporación que tiene fuerza obligatoria para sus decisiones de carácter interno. No son leyes, ni tampoco decretos o reglamentos que tiendan a ejecutar una ley. Mediante su dictación sólo se pretende dar aplicación integral a la Constitución [...] estas normas jurídicas tienen por objetivo determinar el funcionamiento interno del Congreso Nacional y especialmente de cada una de sus ramas”.¹³⁸

2.1.5. *Los autos acordados dictados por la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales.* Los autos acordados dictados por la Corte Suprema son de aplicación general para todos los Tribunales del país. En cambio, los acordados por las Cortes de Apelaciones solamente se aplican en los tribunales de su jurisdicción. Generalmente son disposiciones que proveen una mejor administración de justicia en el ámbito procesal.

Se incluyen los autos acordados entre las fuentes directas del Derecho Constitucional porque algunos de ellos tienen incidencia en recursos de rango constitucional. Tal es el caso de los autos acordados para la tramitación del recurso de inaplicabilidad, del recurso de amparo, del recurso de protección y de aquel que regula la forma de reclamar al Fisco la indemnización por error judicial.

2.2. Fuentes Indirectas o Mediatas.

2.2.1. *La costumbre y las prácticas políticas.* La costumbre “es el hábito, el uso que adquiere fuerza de ley debido a su constante repetición”.¹³⁹ En Chile, la

¹³⁷ Quinzio Figueiredo, José Mario, op. cit., p. 80.

¹³⁸ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, op. cit., p. 15.

¹³⁹ Quinzio Figueiredo, José Mario, op. cit., p. 82.

costumbre se presenta con poca frecuencia en el ámbito constitucional, salvo a través de su invocación por la vía de los derechos fundamentales. Según Quinzio Figueiredo, es un ejemplo de práctica constitucional la lectura del Mensaje por el Presidente de la República ante el Congreso Pleno el 21 de mayo de cada año, al inaugurarse cada legislatura ordinaria, durante la vigencia de la Constitución del 80. La Constitución del 80, en su artículo 24 inciso 3º, sólo establecía que “[e]l Presidente de la República, al menos una vez al año, dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación”.

Por lo tanto, en parte alguna del texto constitucional se establecía la fecha en que esta cuenta debía darse y que ella se debía dar personalmente. A pesar de esto, desde la reanudación del régimen democrático, se ha realizado la lectura del Mensaje por el Presidente de la República siempre el 21 de mayo, en forma personal, ante el Congreso Pleno y con asistencia del Gabinete en pleno, del Cuerpo Diplomático, representantes del Poder Judicial, Fuerzas Armadas y de Orden y altas autoridades administrativas. En la Constitución del 2005, se dio término a esta situación, ya que se señala en forma expresa en el inciso 3º del artículo 24 que “[e]l 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno”.

Caso distinto es la aplicación de la costumbre internacional, la cual es directamente aplicable en el derecho interno, a pesar que en la Constitución no se mencione nada respecto a su incorporación.¹⁴⁰ En efecto, aquí estamos hablando del Derecho Internacional consuetudinario como fuente del derecho interno y, concretamente, del Derecho Constitucional. En este sentido, es importante tener en consideración que la costumbre es reconocida como fuente del Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, del cual el Estado de Chile es parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁴¹ Vinculada con la afirmación anterior se encuentra aquella que consiste en que los derechos humanos, los principios en materia de derechos humanos y las obligaciones que emanan de las normas sobre derechos humanos, tanto para gobernantes como para gobernados, sin duda, forman parte de los Principios Generales del derecho interno, lo cual se desprende del propio mandato constitucional. En efecto, Chile es un país democrático, un Estado constitucional y se declaró amante de la paz al momento de ingresar a las Naciones Unidas, lo cual se traduce, en términos de

¹⁴⁰ Ortiz, Ahlf, Loretta: “Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 285-299, especialmente p. 294.

¹⁴¹ El artículo 93 número 1 señala que “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Chile es miembro de las Naciones Unidas desde el 24 de octubre de 1945. La Carta de las Naciones Unidas fue firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año.

axiología normativa, en una clara entronización del principio de dignidad y en una opción fundamental por el respeto y protección de los derechos humanos.

2.2.2. La jurisprudencia de los tribunales. Se entiende por jurisprudencia “[...] la doctrina que emana de los tribunales y que se refiere a una materia determinada. Es la opinión de los Tribunales sobre la forma que debe interpretarse y aplicarse un precepto legal. Es la doctrina que emana de un fallo judicial”.¹⁴²

Es una fuente importante del derecho constitucional, ya que permite aclarar y fijar el verdadero alcance de un concepto constitucional. Según Verdugo, Pfeffer y Nogueira, “las sentencias judiciales, de acuerdo a un principio casi universal, no producen efecto sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. A pesar de esto, los tribunales de justicia, al encontrarse frente a un problema análogo al que ya ha sido resuelto por ellos mismos, o por otro tribunal superior, se sienten inclinados a fallar en una misma forma. Todos estos fallos van produciendo lo que se llama jurisprudencia”.¹⁴³ Dicho esto, es necesario admitir también que el principio rector respecto del valor y del rol de la costumbre es radicalmente opuesto en los sistemas de *common law* y en el Derecho Internacional en comparación con este rol en el Derecho Constitucional de los sistemas continentales.

2.2.3. La opinión de los tratadistas. Compartimos la opinión del profesor Silva Bascuñán, que señala que los tratadistas “influyen, a veces decididamente, en la creación, modificación o interpretación de las normas constitucionales o en las decisiones de las autoridades políticas u órganos administrativos o de las jurisdicciones llamadas a aplicarlas o a interpretarlas. Su influencia dependerá naturalmente del prestigio que gocen como estudiosos, políticos o maestros”.¹⁴⁴

2.2.4. Los dictámenes de la Contraloría General de la República y de otros órganos de carácter consultivo. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 98, 99 y 100 de la Constitución, la Contraloría General de la República es el organismo que realiza la función fiscalizadora y el control de legalidad de los actos de la administración, emite informes de gran valor jurídico y en algunos casos, dada su competencia, son de carácter obligatorio.

En esta fuente del Derecho Constitucional se consideran no sólo los dictámenes e informes que emite, sobre materias constitucionales, la Contraloría General de la República, sino también las emitidas por “[...] la Dirección General de

¹⁴² Quinzio Figueiredo, José Mario, op. cit., p. 83.

¹⁴³ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, op. cit., p. 55.

¹⁴⁴ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 159.

Impuestos Internos, las Superintendencias de Bancos e instituciones Financieras, de Valores y Seguros, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Seguridad Social entre otras, el Consejo de Defensa del Estado, como tantos otros órganos de carácter consultivo”.¹⁴⁵

2.3. *El Derecho Internacional convencional.* Respecto a los tratados internacionales, es menester señalar que la reforma constitucional del 2005 contempla una modificación a la Constitución en materia de tratados internacionales, poniendo fin a la discusión existente en el ámbito nacional respecto a la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional.¹⁴⁶ Así, la reforma constitucional del 2005 incorpora una segunda oración en el artículo 54 N° 1°, señalando que “[l]a aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 63, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.¹⁴⁷ Al señalar la nueva redacción que el tratado internacional “se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”, se explicita que un tratado internacional no es ley, ni tiene jerarquía de ley, ya que “el tratado es una norma de derecho internacional, expresión de la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales o supranacionales, a diferencia de la ley, que es expresión de la voluntad unilateral de los órganos colegisladores de un Estado”.¹⁴⁸

En este sentido, compartimos lo señalado por el profesor Nogueira, que establece que una vez que el tratado internacional se encuentra aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, genera inmediatamente las obligaciones pertinentes para el Estado si tales tratados están vigentes en el Derecho Internacional. Estos tratados pasan a ser derecho interno sin dejar de ser Derecho Internacional, pero, a diferencia de las normas generadas por fuente interna, no son susceptibles de derogación por voluntad unilateral del Estado, teniendo aplicación preferente sobre el derecho interno de acuerdo a lo que el Estado ha consentido en forma libre y voluntaria.¹⁴⁹ Por tanto, podemos decir que la reforma constitucional del 2005 ha precisado que los tratados internacionales tienen un carácter supralegal, ya que no pueden ser modificados o derogados por una ley. Debido a que el Derecho Internacional de los derechos humanos ha sido creado con la participación y consentimiento o

¹⁴⁵ Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, op. cit., pp. 18-19.

¹⁴⁶ Reforma constitucional realizada por ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial con fecha 28 de agosto de 2005.

¹⁴⁷ Artículo modificado en la reforma constitucional del año 2005, por ley N° 20.050, en su artículo 1 N° 26, publicado en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

¹⁴⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.), *La Constitución reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, p. 385.

¹⁴⁹ Ídem.

aquiescencia de nuestro país, pero además de otros Estados, es que, justamente, en primer lugar, estamos obligados a cumplir porque dimos nuestro consentimiento lo cual se ve reflejado en el principio *Pacta Sunt Servanda*, de modo que, en materia de tratados, ha sido el Estado quien ha decidido voluntariamente limitar su soberanía y, en segundo lugar, nuestro país no puede unilateralmente derogarlo o modificarlo, aun a pretexto de una excusa constitucional. Para este efecto, se requerirá, bien entendido, del concurso de voluntades de las otras partes en el tratado, según las reglas propias del Derecho Internacional.

Por esta razón, el Derecho Internacional general y el Derecho Internacional de los derechos humanos, en el ámbito interno, debe tener primacía por sobre el derecho estatal, que tiene un origen unilateral en el seno de ese mismo Estado. Desde esa perspectiva, invocar su derecho interno, incluso la Constitución, representa una excusa unilateral del Estado que resulta incompatible con los principios generales de buena fe y de lealtad comunes a las naciones del mundo. Por eso, el Derecho Internacional, cualquiera sea su fuente, es una limitación a la soberanía del Estado y esta barrera se ve reforzada si estamos en el terreno del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución, aquellos tratados que codifiquen o contengan normas relativas a derechos humanos pueden, incluso, ser considerados como una normativa de jerarquía supraconstitucional, no por el hecho de ser tratados, sino por el hecho de constituir normas de derechos humanos que la propia Constitución chilena coloca en una situación de preferencia y superioridad. Dicho de otro modo, la Constitución chilena subordina la soberanía –una de cuyas manifestaciones es la propia Constitución– a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

IV. PRIMUS INTER PRIMUS: EL ROL DE LAS NORMAS DE IUS COGENS

La diversidad de orígenes y fuentes normativas exige naturalmente una ordenación jerarquizada o una organización de aplicación prevalente de normas. En los ordenamientos jurídicos como el nuestro, estructurados según el modelo francés, sin lugar a dudas, el elemento más destacable es la primacía de la ley, entendida como norma escrita general, objetiva y certera, cuyo origen se encuentra en el legislador como manifestación de la voluntad general y soberana. De modo que, en el ordenamiento jurídico, la ley tiene primacía sobre la costumbre, la cual sólo es aplicable en defecto de la ley y, por su parte, los principios generales del derecho regirían a falta de ley y costumbre aplicable.

Según ha señalado Aguiló Regla, el estudio de las fuentes desemboca siempre en un estudio sobre las diversas formas de producir normas jurídicas así

como en el estudio del régimen jurídico de las normas producidas, lo cual se refiere básicamente a la jerarquía normativa.¹⁵⁰ En esta línea, es un lugar común aceptar que en la cúspide del sistema de fuentes tradicionalmente considerado se encuentra la Constitución. En este sentido, la Constitución es “la fuente de la cual se derivan todo el arte y toda la sabiduría constitucionales, así como todas las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad (criterio de validez formal kelseniano), y, como estatuto supremo y necesario de la organización estatal, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo, y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico del Estado”.¹⁵¹

En nuestra opinión, la jerarquía de las fuentes no se basa en una distinción formal tradicional donde la Constitución debe ser considerada como norma superior a una norma de inferior rango como se grafica en la pirámide kelseniana. Lo anterior, debido a que pensamos que la verdadera jerarquía debe basarse en el contenido de las mismas normas jurídicas, considerando, sobre todo, el supremo valor normativo ínsito en los derechos humanos, los cuales aparecen como fuente del Derecho Internacional e interno, sin ser relevante el instrumento o continente morfonormológico que lo contiene ni su tradicional ubicación jerárquica dentro del ordenamiento jurídico positivo. En efecto, nosotros pensamos que los derechos humanos en cuanto tales y las obligaciones que de ellos se derivan, cualesquiera sea su fuente y cualesquiera sea el sistema jurídico – internacional o interno– del que provengan, tienen un rango superior, el más alto, dentro de la escala normativa del ordenamiento jurídico nacional atendido los valores y principios universales, vinculados a la dignidad humana –el valor ético supremo y pilar del reconocimiento de derechos propios del constitucionalismo democrático–, que tutelan. Por esta misma razón, y teniendo en mente que la Constitución es una norma más que se ha dado la comunidad para ponerla al servicio del individuo, de los grupos y de la comunidad toda, es que consideramos que los derechos humanos están incluso, cualquiera sea la morfología normativa que estos revistan, por sobre la Constitución.

En el plano mundial, los Estados organizados en la comunidad internacional y también las Organizaciones Internacionales se dedican a la elaboración de declaraciones y tratados, los cuales contienen derechos humanos protegidos, garantizados y promovidos por los miembros de la comunidad internacional, los que, de acuerdo a la normativa constitucional chilena, pueden convertirse en

¹⁵⁰ Aguiló Regla, Joseph: “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en *Doxa*, núm. 24 (2001), pp. 429-457, especialmente p. 431.

¹⁵¹ Olano García, Hernán: “¿Qué es una Constitución?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 135-153, especialmente p. 147.

fuentes del Derecho chileno. Nosotros hemos sostenido permanentemente que la globalización ha producido amplios efectos negativos y algunas connotaciones positivas. Los procesos de globalización “incrementan e intensifican las formas de actividad humana, atravesando las fronteras en la extensión de ideas, negocios y empresas, y abriendo, con creciente vigor, el derecho interno al internacional, en virtud de las diversas formas en que según sus normas se generan compromisos para los Estados”.¹⁵² La forma en que se produciría la interacción de estas fuentes internacionales de los derechos humanos con otras fuentes formales en el sistema global de fuentes del Derecho chileno, sería una clara y neta prevalencia de los derechos humanos, cualquiera sea la fuente que los contenga, en la medida que proporcione el grado más alto de protección a los derechos del individuo, grupo o pueblo, sin atender a la tradicional jerarquía asignada a la fuente por el ordenamiento. Por esta razón también sostenemos, como se ha desarrollado anteriormente, el efecto corrector de los derechos humanos, en el caso actual, en el sentido de que los derechos humanos como suprema expresión normativa de los valores atinentes a la dignidad humana, corrigen las deficiencias de un sistema jerárquico de fuentes estructurado sobre la base de las manifestaciones formales de la producción normativa, en lugar de organizar –si optamos por la supremacía de la dignidad humana considerada como valor primigenio que los guardianes constitucionales deben tutelar– la jerarquía atendiendo a la fuerza del contenido normativo de la fuente, cualquiera que ésta sea.

Un lugar especial merecen, en esta propuesta jerárquica, las normas de *ius cogens*. El *ius cogens* es una noción relativamente nueva en el Derecho Internacional, cuya admisión a gran escala tiene consecuencias revolucionarias en el mismo.¹⁵³ A pesar que “el *ius cogens* no se trataría de una fuente nueva de Derecho Internacional público, sino que se nutre de las ya existentes”, se puede señalar que comenzó a adquirir un real reconocimiento en el plano internacional, desde que la Comisión de Derecho Internacional hizo referencia a él en su proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados.¹⁵⁴ Posteriormente fue

¹⁵² Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 36.

¹⁵³ Vid. Virally, Michel, *El devenir del derecho internacional: Ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, p. 165.

¹⁵⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo: “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154. En 1953, el profesor Lauterpacht presentó su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional, expresando que “un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su ejecución implica un acto ilegal conforme al Derecho Internacional, declarado tal por la Corte Internacional de Justicia”. Señalaba que “la piedra de toque para saber si el objeto de un tratado es ilícito no es la incompatibilidad pura y simple con las reglas del Derecho Internacional consuetudinario, sino con la incompatibilidad con ciertos principios absolutos del Derecho Internacional que pueden ser considerados como constituyendo principios del ‘orden público internacional’”. Posteriormente, Sir Gerald Fitzmaurice nombró a estos principios como Principios de *ius cogens*. Vid. Jiménez de Arechaga, Eduardo, “El Derecho de los Tratados”

incorporada en el artículo 53, segundo inciso de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, en la que se define al *ius cogens* como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Por lo tanto, se puede señalar que el *ius cogens*, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena sobre los tratados, es una “norma imperativa de derecho internacional”, que no admite acuerdo en contrario de los Estados, el cual siempre ha mantenido una estrecha vinculación con el derecho de los tratados, desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.¹⁵⁵

Coincidimos con Eduardo Jiménez de Arechaga, que indica que la esencia de las normas de *ius cogens* es “proteger a ciertos Estados contra acuerdos convencionales que se celebren en desafío de ciertos intereses y valores generales de la comunidad internacional de Estados ‘en su conjunto’: asegurar el respeto de esas reglas generales de Derecho cuya inobservancia afecta la esencia misma del sistema jurídico internacional.¹⁵⁶ En la actualidad y a título ejemplar se consideran normas de *ius cogens* la prohibición del genocidio, prohibición de la tortura, prohibición de la desaparición forzada de personas, prohibición del trabajo infantil, la prohibición de la esclavitud y de la discriminación por razones de raza y religión.

Por otra parte, las normas de *ius cogens* imponen límites a los Estados no sólo en sus acuerdos, sino también en sus actos unilaterales, hechos y omisiones.¹⁵⁷ Como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la evolución de las normas de *ius cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. En efecto, la Corte IDH ha afirmado que “[e]l dominio del *ius cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *ius cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”.¹⁵⁸

en Jiménez de Arechaga, Eduardo (ed.), *Derecho Internacional Público*, tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 242.

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derecho Humanos, Opinión Consultiva OC- 8/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos mexicanos “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, p. 26.

¹⁵⁶ Jiménez de Arechaga, Eduardo, “El Derecho de los Tratados” en Jiménez de Arechaga, Eduardo (ed.), *Derecho Internacional Público*, tomo I, op. cit., p. 244.

¹⁵⁷ Puceiro Ripoll, Roberto, “Las normas de *ius cogens* en el campo del derecho internacional contemporáneo”, en Jiménez de Arechaga, Eduardo (ed.), *Derecho Internacional Público*, tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 311.

¹⁵⁸ Cort Interamericana de Derecho Humanos, Opinión Consultiva OC- 8/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos mexicanos “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, p. 26.

Las normas imperativas, según Rossel Contreras, “están por sobre la voluntad de los Estados, no sólo porque la Convención de Viena sobre los tratados así lo prescriba respecto de las normas de *ius cogens*, sino, además, porque esas normas de *ius cogens* conforman costumbres generales y también principios generales reconocidos por las naciones civilizadas [...] que encarnan la convivencia internacional y que están por sobre la individualidad y voluntad de los Estados”.¹⁵⁹

La misma Corte IDH expresa que los Estados se ven en la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos, los que tienen un carácter *erga omnes*. “Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, y alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales”.¹⁶⁰ De ese modo, se pueden diferenciar los términos *ius cogens* y *erga omnes*, pues en el primero, sólo se encuentran incluidos determinados derechos humanos revestidos de un carácter imperativo e inderogable que le otorgan una ubicación privilegiada dentro de los derechos humanos, prevaleciendo, y no siendo sujeto de “ninguna excepción” para su protección.¹⁶¹ El segundo término se refiere a una obligación, que de acuerdo a lo que ha señalado la Corte IDH, emana de todos los derechos humanos, pues obliga a todos los Estados, independiente del estatuto normativo que los contengan.

En consecuencia, el efecto que traen aparejadas las normas de *ius cogens* se conoce como *erga omnes*, el que dice relación con aquello que obliga a todas las personas. En el contexto del Derecho Internacional se señala que los derechos humanos tienen efecto *erga omnes* significando aquello. En este sentido, Cançado Trindade señala “a mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo”.¹⁶² Por tanto, se le puede

¹⁵⁹ Rossel Contreras, Mario: “Constitución y tratados de derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2 (1997), pp. 113-119; Quindimil López, Jorge Antonio: “Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿Hacia un nuevo fundamento de jurisdicción?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006), pp. 11 et seq.

¹⁶⁰ Corte I.D.H.: Opinión Consultiva OC- 8/03, op. cit., p. 28.

¹⁶¹ PARLAMENTO EUROPEO 2005-2009, *Subcomisión de Derechos Humanos*, DROI_PV(2006)0504_1, acta de reunión del 4 de mayo de 2006, Bruselas, p. 3.

¹⁶² Corte I.D.H.: *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* en Colombia 15 marzo 2005, Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 8. Corte I.D.H.: Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17.09.2003, Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 79; Corte I.D.H.: *Caso Blake vs. Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 26, y Cfr. pars. 27-30.

exigir su cumplimiento tanto al Estado (eficacia vertical) como a las demás personas sean estas naturales o jurídicas (eficacia horizontal). En este sentido, a este fenómeno lo llamamos “oponibilidad *erga omnes* bifronte”, por cuanto el mismo principio puede ser observado de ambos lados: desde el punto de vista del individuo, hablamos de oponibilidad *erga omnes* y desde el punto de vista del Estado, hablamos de exigibilidad *erga omnes*.¹⁶³ “Los derechos fundamentales pueden proyectarse también en las relaciones entre particulares, de tal manera que éstos pueden también ser considerados como sujetos pasivos o destinatarios de los derechos (Drittwirkung)”.¹⁶⁴ Cabe señalar que si bien las normas *ius cogens* traen aparejadas generalmente efectos *erga omnes* no todas las obligaciones *erga omnes* son consideradas normas de *ius cogens*.

De manera que la expresión “frente a todos” se traduce por “frente a toda la comunidad internacional”.¹⁶⁵ Esto se ve ratificado por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del 5 de febrero de 1970 en el caso Barcelona Traction, en la cual dilucida el concepto de *erga omnes*, señalando que “deberá establecerse una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que le incumban respecto de otro Estado [...]. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones derivan, por ejemplo en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”.¹⁶⁶ “En cualquier caso, podemos estar seguros de que la violación grave de una norma imperativa de Derecho internacional general supone la comisión de un ilícito que conlleva un régimen agravado de responsabilidad internacional”.¹⁶⁷ Finalmente, debemos insistir en la distinción entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. En este sentido, claramente el Juez Cañado Trindade señala que “por definición, todas las normas del *ius cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *ius cogens* es un

¹⁶³ Manili, Pablo, “La difícil tarea de elaborar un concepto de los derechos humanos”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Año I, núm. 1 (1999), p. 9.

¹⁶⁴ Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 109.

¹⁶⁵ Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4 (2002), p. 3.

¹⁶⁶ I.C.J.: *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 february 1970, p. 32, par. 33.

¹⁶⁷ Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4 (2002), p. 3

concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *jus cogens*".¹⁶⁸

CONCLUSIONES

I. Que en la teoría política contemporánea se ha producido un cambio de paradigma desde el punto de vista de una transición desde el Estado constitucional, social y democrático de derecho a un Estado de los derechos (humanos) cuya efectividad justifica y fundamenta el aspecto constitucional, social y democrático del Estado de derecho.

II. Que este cambio de paradigma de finales del siglo XX y principios del siglo XXI implica que se produce una alteración en el sistema de fuentes del derecho interno y, particularmente, del Derecho Constitucional.

III. Que los derechos humanos son una fuente del derecho en sí misma y en toda propiedad.

IV. Que los derechos humanos como fuente, no calzan en ninguna de las divisiones tradicionales, fuentes formales y fuentes materiales. Con la que más coincide son con las fuentes materiales. Corresponderían a atribuciones normativas propias del ser humano y derivadas de su convivencia en comunidad y de la inmanente dignidad humana y que se expresan en prescripciones sociales y culturales con carácter normativo compartidas ampliamente por la comunidad, nacional e internacional, y consagradas a lo largo del tiempo, en prescripciones sociales con convicción jurídica o en prescripciones normativas expresadas por escrito en un instrumento reglamentario, legal o constitucional.

V. Que los derechos humanos como fuente de naturaleza excepcional o especial o diferenciada, ocupan un determinado lugar en la jerarquía de las fuentes del derecho interno, pero en sí mismos considerados, como fuente aparte. Los derechos humanos en este sentido cumplirían un rol inspirador, orientador, informador, alimentador o retroalimentador de todo el sistema de fuentes del derecho interno, incluso no ocuparía un lugar dentro de la clásica jerarquía pira-

¹⁶⁸ Corte I.D.H.: Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17.09.2003, Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 80.

midal, sino que se encontrarían por sobre y englobando todo el sistema, se configurarían así, en el pulmón que oxigena, renueva y alimenta todo el sistema desde todos los ángulos.

VI. Dentro de las normas de derechos humanos, se encuentran un tipo determinado de normas de derechos humanos que la comunidad valora especialmente y por tanto que requieren o exigen una protección especial, reforzada, porque toda la comunidad, individuos, grupos y pueblos tienen el más alto interés, un interés esencial o fundamental, en que esas normas, esos derechos humanos, sean respetados y cumplidos, nos estamos refiriendo a las normas imperativas o normas de *ius cogens*. Estas normas se configurarían así en el último santuario, que todos están obligados a respetar, en el motor del sistema, en el corazón que permite que todo el sistema funcione. En el motor que le insufla vida, le da fuerza al sistema y le da coherencia, agilidad y consecuencia. Estas normas de *ius cogens* se revelan entonces como indestructibles, cualquiera sea el continente, el instrumento que las recoja y las exprese. En consecuencia, las normas de *ius cogens* se encuentran en la cúspide de la jerarquía normativa, y esto implica, bien evidentemente, por sobre la Constitución, ya que es un muro, un límite indestructible por la comunidad, por toda la comunidad, también por el poder constituyente: Ese poder, todo poder, cualquier poder, está limitado, restringido, impedido por las normas de *ius cogens*, que por esta razón, priman en el derecho interno, por sobre cualquier otra norma, inclusive, por sobre la Constitución. Aún más, el hecho que primen por sobre la Constitución es un mandato de la propia Constitución que señala que el Estado, la comunidad nacional, está al servicio de la persona humana y que el Estado tiene como finalidad lograr o procurar el bien común.¹⁶⁹ Con este objetivo, la Constitución señala que los derechos humanos son un límite a la soberanía del Estado, al poder soberano, y, en consecuencia, según el argumento *a maiore ad minus*, a todo poder. En otras palabras, si limita al poder soberano, entonces, con mayor razón, limita cualquier poder inferior a aquel.¹⁷⁰

Las normas de *ius cogens* son una limitación indudable a la autonomía de la voluntad, pero también en el orden jurídico interno los sujetos de derecho ven restringida su libertad, por ejemplo, artículo 5º del Código del Trabajo que consa-

¹⁶⁹ “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República de Chile.

¹⁷⁰ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República de Chile.

gra la irrenunciabilidad de los derechos laborales.¹⁷¹ La libertad y soberanía de los sujetos de Derecho Internacional no significa que la posibilidad de pactar es ilimitada, muy por el contrario, los Derechos Humanos, y, sobre todo, las normas de *ius cogens*, limitan el principio *pacta sunt servanda*.

BIBLIOGRAFÍA

- Aftaleón, Enrique; Vilanova, José; Raffo, Julio, *Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1999.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, núm. 1 (2007), artículo en imprenta.
- Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa*, núm. 26 (2003), pp. 289-319.
- Aguiló Regla, Josep, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, en *Doxa*, núm. 24 (2001), pp. 429-457.
- Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los derechos y libertades*, Editorial Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1996.
- Aros Chia, Rodrigo, “La fuerza normativa de la Constitución: un principio vinculante de la judicatura constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 145-161.
- Badeni, Gregorio, *Derecho Constitucional: Libertades y Garantías*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Corte I.D.H.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479.
- Bidart Campos, Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004.

¹⁷¹ “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. Artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo.

- Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos” en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4 (2002).
- Correa, Rodrigo, “Poder Judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu”, en Saba, Roberto (ed.): *Los límites de la democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 339-347.
- Cruz Villalón, Pedro, “Derechos fundamentales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.
- Detzner, John A., *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1988.
- Escobar de la Serna, Luis, *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2003.
- Häberle, Peter, *El Estado Constitucional* (Trad. Hector Fix-Fierro), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., primera reimpresión, 2003.
- Hauriou, André, *Droit Constitutionnel*, Editions Montchrestien, París, 1968.
- Hübner Gallo, Jorge Iván, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Séptima Edición, Santiago, 2002.
- Jellinek, Georg, *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., segunda edición, 2003.
- Jiménez de Arechaga, Eduardo, “El Derecho de los Tratados” en Jiménez de Arechaga, Eduardo (ed.), *Derecho Internacional Público*, tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- Kägi, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa*, núm. 24 (2001), pp. 459-484.
- Manili, Pablo, “La difícil tarea de elaborar un concepto de los derechos humanos”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Año I, núm. 1 (1999).
- Mora Restrepo, Gabriel, “Razón práctica y teoría del Derecho: a propósito del oficio del jurista”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, año 20, núm. 15 (2006), pp. 307-322.

- Navarro Beltrán, Enrique, “Justicia constitucional en Chile y protección de derechos”, en VV.AA.: *Estado de Derecho y reformas a la justicia*, Heidelberg Center para América Latina, Santiago, pp. 41-64.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.), *La Constitución reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005.
- 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*, vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 403-466.
- Núñez, Manuel, “Estado unitario: unidad del Estado y unidad de Constitución”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.
- Olano García, Hernán, “¿Qué es una Constitución?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 135-153.
- Ortiz, Ahlf, Loretta, “Integración de las normas internacionales de derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 285-299.
- Pacheco G., Máximo, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 1990.
- Puceiro Ripoll, Roberto, “Las normas de jus cogens en el campo del derecho internacional contemporáneo”, en Jiménez de Arechaga, Eduardo (ed.), *Derecho Internacional Público*, tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- Quindimil López, Jorge Antonio, “Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿Hacia un nuevo fundamento de jurisdicción?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006).
- Quinzio Figueiredo, José Mario, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.

- Rascón Ortega, Juan Luis, “La problemática de las fuentes del derecho”, en Rascón Ortega, Juan Luis, Salazar Benítez, Octavio, Agudo Zamora, Miguel, *Leciones de Teoría General y de Derecho Constitucional*, Ediciones del Laberinto S.L, Madrid, 1999.
- Requejo Pagés, Juan Luis, “Derechos de Configuración legal”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.
- Rios Álvarez, Lautaro, “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, pp. 25-59.
- Rossel Contreras, Mario, “Constitución y tratados de derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2 (1997), pp. 113-119.
- Saavedra Alessandri, Pablo, “La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias”, en VV.AA.: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005.
- Sánchez Ferris, Remedio, *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI De los derechos y deberes constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- Solozábal Echavarría, Juan José, “Garantías institucionales”, en Aragón Reyes, Manuel (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.
- Soto González, Rosa, “La ley de amnistía y su revisión de constitucionalidad vía recurso de inaplicabilidad”, en VV.AA.: *Estado de Derecho y reformas a la justicia*, Heidelberg Center para América Latina, Santiago, pp. 393-432.
- Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- Schuck, Peter, “El poder judicial en una democracia”, en Saba, Roberto (ed.): *Los límites de la democracia*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 327-338.
- Torré, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Editorial LexisNexis-Abeledo Perrot, decimotercera edición actualizada, Buenos Aires, 2002.

- Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- Virally, Michel, *El devenir del derecho internacional: Ensayos escritos al correr de los años*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997.
- Zagrebelsky, Gustavo, “¿Qué es ser juez constitucional?”, en *Dikaion, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 155-171.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Democracia y Estado de derecho”, en Zúñiga Urbina, Francisco (Coord.): *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.
- Declaración de Viena*, Cuarta Cumbre Unión Europea – América Latina y Caribe, Viena, Austria, 12 de mayo de 2006, par. 37.
- Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, 1 de enero de 1999, número 3.