

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

# Teoría y dogmática de los derechos fundamentales

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



TEORÍA Y DOGMÁTICA  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 156

---

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero

Cuidado de la edición y formación en computadora: Celia Carreón Trujillo

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

TEORÍA  
Y DOGMÁTICA  
DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
México, 2003

Primera edición: 2003

DR © 2003. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-0886-X

## CONTENIDO

### PRIMERA PARTE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

|  |    |
|--|----|
| El surgimiento y evolución de los derechos humanos o fundamentales . . . . .   | 1  |
| I.    Los documentos precursores y la positivación de los derechos individuales y políticos . . . . .  | 1  |
| II.   La incorporación de los derechos de segunda generación   | 4  |
| III.  La internacionalización y universalización de los derechos humanos . . . . .   | 5  |
| IV.  Los derechos de tercera generación . . . . .  | 8  |
| La fundamentación de los derechos esenciales, fundamentales o humanos y su concepto . . . . .  | 9  |
| I.    Filosofía, ideología y ciencia de los derechos humanos   | 9  |
| II.   Fundamentación de los derechos humanos o derechos fundamentales y su concepto . . . . .  | 10 |
| Consideraciones sobre la denominación de los derechos como “derechos subjetivos públicos”, “libertades públicas”, “derechos humanos”, “derechos constitucionales” o “derechos fundamentales” . . . . . | 55 |
| I.    Los derechos públicos subjetivos . . . . .   | 55 |
| II.   Las libertades públicas . . . . .  | 57 |
| III.  Los derechos humanos . . . . .   | 58 |
| IV.  Los derechos fundamentales o derechos constitucionales  | 58 |
| Clasificación de los derechos . . . . .  | 59 |

|   |  |    |
|---|--|----|
| I.  | Clasificación de los derechos según su objeto y finalidad . . . . .                                      | 59 |
| II.   | Clasificación de los derechos según el criterio del bien jurídico protegido y su finalidad . . . . .     | 61 |
| III.  | Clasificación de los derechos según el criterio de la forma de ejercicio de ellos . . . . .              | 63 |
| IV.   | Clasificación de los derechos de acuerdo al criterio del tipo de relación jurídica que suponen . . . . . | 64 |
| V.  | Clasificación de los derechos según las diferencias de estatus de las personas . . . . .                 | 65 |
| VI.   | Clasificación de los derechos según su estructura . . . . .  | 66 |
| VII.  | Clasificación de los derechos según los valores protegidos en ellos . . . . .                            | 66 |
| VIII.   | Clasificación de los derechos según los pactos internacionales . . . . .                                 | 67 |
| IX.   | Clasificación de los derechos según el bien jurídico protegido en Chile . . . . .                        | 67 |
| Las características de los derechos esenciales o derechos humanos   |  | 69 |
| I.  | Universalidad . . . . .  | 69 |
| II.   | Supra y transnacionalidad . . . . .  | 69 |
| III.  | La irreversibilidad de los derechos humanos . . . . .  | 70 |
| IV.   | La progresividad de los derechos humanos . . . . .   | 70 |
| V.  | La posición preferencial de los derechos . . . . .   | 72 |
| VI.   | La eficacia <i>erga omnes</i> de los derechos . . . . .  | 74 |
| VII.  | La fuerza expansiva de los derechos y el principio <i>favor libertatis</i> . . . . .                     | 76 |
| Los derechos humanos o derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales . . . . .             |  | 77 |
| La doble naturaleza de los derechos fundamentales . . . . .   |  | 83 |
| La determinación de los derechos fundamentales o derechos humanos en el orden jurídico positivo . . . . . |  | 87 |

|  |     |
|--|-----|
| El deber de los órganos del Estado de promover los derechos fundamentales . . . . .                                      | 91  |
| La interpretación e integración del sistema constitucional de derechos fundamentales . . . . .                           | 93  |
| La titularidad de los derechos fundamentales . . . . .   | 99  |
| La protección de los derechos fundamentales . . . . .  | 101 |
| La clasificación de las garantías de los derechos . . . . .  | 101 |
| El Estado es el principal responsable de la efectiva vigencia de los derechos humanos . . . . .                          | 139 |
| Las limitaciones legítimas a los derechos humanos . . . . .  | 141 |
| I. El alcance y forma de las limitaciones ordinarias y el orden público . . . . .  | 141 |
| II. Las limitaciones extraordinarias a los derechos humanos en el marco de un Estado de derecho constitucional . . . . . | 143 |

SEGUNDA PARTE  
DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS ESENCIALES  
DE LA PERSONA HUMANA

|  |     |
|--|-----|
| Dignidad de la persona y derechos humanos . . . . .                        | 145 |
| Los modelos de interpretación de los derechos fundamentales . . . . .      | 167 |
| I. La teoría liberal . . . . .   | 167 |
| II. La teoría democrático-funcional . . . . .                              | 167 |
| III. La teoría institucional . . . . .                                     | 167 |
| IV. La Teoría axiológica . . . . .   | 168 |
| V. La teoría socioestatal . . . . .  | 168 |
| Tópicos sobre garantías normativas de los derechos fundamentales . . . . . | 169 |
| I. La reserva de ley . . . . .   | 169 |
| II. Las teorías sobre el contenido esencial sobre los derechos . . . . .   | 177 |
| III. La acción de protección (amparo o tutela) . . . . .                   | 189 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| IV.   | La acción de amparo ( <i>habeas corpus</i> ) . . . . .  | 233 |
| V.    | La acción de reclamación de nacionalidad en Chile . .   | 243 |
| VI.   | La acción de indemnización por error judicial en Chile  | 243 |
| VII.  | Las garantías de los derechos por el Tribunal Constitu-<br>cional . . . . .   | 244 |
|       | La delimitación del contenido de los derechos, los límites y la re-<br>gulación de los derechos . . . . .   | 245 |
| I.    | Las limitaciones al ejercicio del derecho y la regulación<br>de los derechos . . . . .  | 249 |
| II.   | Los límites a los derechos . . . . .  | 251 |
| III.  | Las limitaciones excepcionales a los derechos: los esta-<br>dos de excepción constitucional . . . . .   | 256 |
|       | La soberanía, las Constituciones y los tratados en materia de dere-<br>chos humanos: América Latina y Chile . . . . .                                       | 321 |
| I.    | La Soberanía del Estado y derecho internacional de los<br>convencionales . . . . .  | 321 |
| II.   | El ejercicio de la soberanía o potestad estatal a través<br>de los tratados internacionales y sus consecuencias ju-<br>rídicas en Chile . . . . .           | 326 |
| III.  | La limitación de la soberanía externa por los derechos ase-<br>gurados por el derecho internacional de los derechos hu-<br>manos . . . . .                  | 340 |
| IV.   | Las características de los tratados en materia de dere-<br>chos humanos . . . . .   | 355 |
| V.    | Una jurisprudencia acorde con la nueva perspectiva del<br>derecho de los derechos humanos . . . . .   | 364 |
| VI.   | El tema de los derechos humanos es una cuestión de<br>jurisdicción concurrente o compartida entre la interna<br>de cada Estado y la internacional . . . . . | 382 |
| VII.  | Medios internacionales de protección de los derechos<br>fundamentales . . . . .   | 383 |
| VIII. | Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamerica-<br>na y cosa juzgada interna . . . . .  | 391 |
| IX.   | Conclusiones . . . . .  | 394 |
|       | Bibliografía . . . . .  | 399 |

*Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 1o. de octubre de 2003 en los talleres de Composición y Negativos Don José. En la edición se utilizó papel cultural de 70 x 95 de 50 Kgs. para los interiores y cartulina couché de 162 Kgs. para los forros. Tiraje: 1,000 ejemplares.

El surgimiento y evolución de los derechos humanos o fundamentales . . . . . 1

- I. Los documentos precursores y la positivación de los derechos individuales y políticos . . . . . 1
- II. La incorporación de los derechos de segunda generación 4
- III. La internacionalización y universalización de los derechos humanos . . . . . 5
- IV. Los derechos de tercera generación . . . . . 8

PRIMERA PARTE  
DERECHOS FUNDAMENTALES  
Y DERECHOS HUMANOS

Una teoría de los derechos humanos o fundamentales, siguiendo a Böckenförde, constituye una concepción sistemática orientada a determinar el surgimiento, evolución, finalidad normativa y alcance general de los derechos. A tal objetivo está orientado este breve estudio dirigido a los alumnos de la licenciatura de ciencias jurídicas y sociales.

EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES

El reconocimiento universal de los derechos humanos como inherentes a la persona es un fenómeno reciente.

Si bien en las culturas griega y romana es posible encontrar consideraciones que reconocen derecho a las personas más allá de toda ley, como asimismo, la concepción cristiana se expresa el reconocimiento radical del ser humano, como creación a imagen y semejanza de Dios y la igualdad de todos los seres humanos derivada de la unidad de filiación de un mismo padre que es Dios, la realidad es que tales ideas no se plasmaron en las instituciones políticas y jurídicas de la antigüedad y de la Baja Edad Media.

I. LOS DOCUMENTOS PRECURSORES Y LA POSITIVACIÓN  
DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y POLÍTICOS

En Occidente pueden considerarse precursores de las modernas declaraciones de derechos: la carta magna de 1215, el *habeas corpus act* de 1679 y el Bill of Right de 1689; aun cuando ellos aparecen como conquistas del pueblo frente al poder del rey, y no como derechos inherentes a las personas, ellos establecen obligaciones para quien detenta el poder

en la sociedad, limitando las prerrogativas del rey, pero no hay un reconocimiento de derechos de los individuos.

Las primeras manifestaciones de derechos de las personas concretadas en declaraciones con fuerza jurídica que el Estado debe respetar, asegurar y proteger, se generan como consecuencia de movimientos revolucionarios, como es el de la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica y con la Revolución francesa.

La posición iusnaturalista racionalista con influencia cristiana ha sido asumida por las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII en Norteamérica.

Muestra de ellos son las declaraciones de derechos —Bills of Rights— que precedieron a las diferentes Constituciones de las antiguas colonias inglesas, entre las que sobresalen las de Massachussts y Virginia; más tarde se dieron las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, introducidas entre 1789 y 1791, conformando el Bill of Rights de la Constitución norteamericana.

Así, como ejemplo, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 señala:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce de la vida y la libertad, como los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.

Dicho modelo sirvió a los revolucionarios franceses, a los constituyentes de Cádiz y a las repúblicas latinoamericanas que se formaron durante el siglo XIX, en sus luchas de emancipación de España.

Las principales ideas de la Constitución norteamericana pueden sintetizarse junto con sus diez primeras enmiendas, en los siguientes principios.

Todos los hombres son libres e iguales, los cuales conforman un gobierno con objeto de alcanzar el bienestar individual y colectivo, conservando en todo caso sus derechos que el gobierno debe respetar siempre. El gobierno surge del consentimiento del pueblo, y la soberanía popular puede ser reivindicada utilizando incluso la violencia. La Constitución surge para asegurar y dar cumplimiento a estos principios, generándose un equilibrio entre los diferentes poderes del Estado y creándose una interrelación y control recíproco.

La perspectiva francesa de derechos constituye una formulación iusnaturalista racionalista de ruptura con la monarquía y de inspiración liberal, recogiendo los principios básicos del constitucionalismo, que se concreta en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Declaración francesa comenzó invocando al “ser supremo”; su artículo 1o. determina que: “todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, el artículo 2o. precisa que: “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; el artículo 3o. establece la soberanía nacional: “El principio de que toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emana de ella expresamente”. El artículo 4o. precisa el sentido de la libertad, y los artículos siguientes determinan la posición de los individuos frente a la ley que emana de la autoridad de la sociedad política, la existencia de responsabilidad de todos los agentes públicos. El artículo 16 consagra los principios básicos del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad donde no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

En los años siguientes a la Revolución francesa se generaron nuevas declaraciones de derechos en 1791, 1793 y en 1798. La fórmula original fue dejada de lado por los constituyentes franceses que operaron durante el siglo XIX, pero la Declaración de 1798 gravitó fuertemente, en especial en el continente americano.

De tal forma, de esta primera generación de declaraciones de derechos, esencialmente derechos individuales frente al Estado y derechos políticos de participación en el Estado, se fueron nutriendo bajo el modelo norteamericano las Constituciones liberales de Europa y América Latina hasta la Primera Guerra Mundial de 1914.

Estos derechos aparecen primero limitados a tutelar la vida e integridad física y psíquica de la persona, la libertad y la seguridad, constituyendo la primera generación de derechos, la que incluye también los derechos de los ciudadanos a participar en la vida pública.

Así, el reconocimiento de derechos civiles y políticos se constituye en fin y límite del ejercicio del poder estatal y de las competencias de los gobernantes y órganos del poder público, lo que ingresa implícita o explícitamente el orden jurídico como exigencia de la dignidad humana en el movimiento constitucionalista y en la concepción del Estado de dere-

cho, estableciendo un límite interno a la soberanía y el ejercicio del poder estatal.

Así, en el siglo XIX se inició la positivación de los derechos fundamentales basados en las concepciones pactistas que establecen la soberanía como expresión del consenso de los ciudadanos en las Constituciones occidentales.

## II. LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

En el periodo entre las dos guerras mundiales, marcado por el tiempo de la Revolución bolchevique y del socialismo marxista en Rusia y hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, se busca desarrollar una conciliación del liberalismo democrático con derechos que aseguran un nivel de vida adecuado, ante la crítica realizada por el marxismo de que derechos individuales y políticos eran considerados sólo “libertades formales” del Estado capitalista y burgués poniendo énfasis en las situaciones de graves desigualdades e injusticia social existente en el siglo XIX y principios del siglo XX.

Así, se desarrollan los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman el Estado de derecho liberal en un Estado social y democrático de derecho, durante el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, desde 1946 en adelante, lo que se recogerá en las Constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos.

Es así que como producto de corrientes de pensamiento y políticas críticas de la concepción liberal individualista y del sistema económico capitalista, como el liberalismo democrático, la socialdemocracia y el socialcristianismo, se introducen perfeccionamientos en el concepto y contenido de los derechos humanos, apareciendo los denominados derechos de la segunda generación que son los derechos económicos, sociales y culturales, que buscan asegurar condiciones de vida dignos a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, basados en los valores de igualdad y solidaridad, lo que, a su vez, permitir el paso del Estado liberal al Estado social de derecho.

### III. LA INTERNACIONALIZACIÓN Y UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un perfeccionamiento y desarrollo de gran trascendencia, una verdadera revolución en la concepción de los derechos ocurrirá al término de la Segunda Guerra Mundial, donde se constató la violación sistemática desde el poder estatal y a escala planetaria de los derechos de las personas, lo que hace tomar conciencia de la necesidad de que la exigencia de respeto, aseguramiento y protección de los derechos humanos debía superar el plano estatal en cuanto tales derechos son inherentes a la dignidad de ser humano, y no una concesión que el Estado puede otorgar y quitar, surgiendo la internacionalización de los derechos humanos y su protección, que poco a poco se ha ido perfeccionando institucionalmente, positivándose como límites a la soberanía y al poder estatal en declaraciones y convenciones o tratados, dotados de eficacia jurídica y de un sistema de garantías normativas y jurisdiccionales en desarrollo, como asimismo, de un sistema sancionatorio aún en germen. Todo ello pese a la protesta de algunos gobiernos que aún, hoy día, intentan oponer la soberanía frente a los atropellos a los derechos humanos acontecidos en su interior.

La protección de los derechos humanos exige limitaciones a la potestad estatal y la soberanía, la que no puede ejercerse legítimamente amenazando, perturbando o privando a las personas en sus derechos.

Los primeros gérmenes de este derecho internacional protector de los derechos humanos ya se habían gestado en el ámbito de la guerra y los conflictos armados, buscando asegurar la dignidad, la vida y las condiciones de salud de las víctimas de la guerra, en la alborada del siglo XX. Así surge la Convención de La Haya de 1907 y la Convención de Ginebra de 1929, y, más tarde, después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios de 1977, que protegen a las poblaciones civiles, los prisioneros de guerra, los náufragos, los heridos, entre otros. Siendo aplicables sus disposiciones a situaciones de guerra internacional y de guerra interna, de acuerdo con los respectivos protocolos de 1977.

Pero sin duda, fue la Segunda Guerra Mundial y la conmoción de sus consecuencias en las personas y sociedades, lo que generó la toma de conciencia general de la necesidad de control de la potencia del poder estatal por la comunidad internacional, constituyéndose instancias inter-

nacionales de protección frente a la magnitud del daño producido a los seres humanos por sus propios gobernantes, asegurando progresivamente la dignidad y los derechos humanos de toda persona, proclamando la universalidad de tales derechos.

El Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. El artículo 56 de dicha Carta dispone que: “todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”, entre los cuales se consignan “el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos”.

El 2 de mayo de 1948 fue adoptada en el ámbito americano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precediendo en algunos meses a la adopción, por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

A su vez, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948), en su considerando primero enfatiza que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, prescribiendo el artículo 1o. que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El artículo 2o. determina que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” sin distinciones de ninguna especie; los artículos tercero al decimocuarto determinan los derechos individuales o civiles; los artículos decimoctavo al vigesimoprimer proclaman las libertades públicas y los derechos políticos; los artículos vigesimosegundo al vigesimoséptimo detallan los derechos económicos, sociales y culturales; el artículo vigesimooctavo afirma el derecho de todos a que “se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados” en dicha Declaración, se hagan plenamente efectivos.

Dicha Declaración es la primera en la historia de la humanidad que teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana fue elaborada y aprobada con un alcance y validez universal.

Los efectos de esta Declaración han sido importantes, estando dotada de gran autoridad, aun cuando se discute su carácter vinculante desde el punto de vista jurídico.

Con objeto de superar este problema de eficacia jurídica surgirán el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, de Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1966.

En el ámbito americano se establece la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, de 1969, y luego el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador, de 1988, que ha entrado en vigencia luego de la ratificación y depósito de instrumentos por el número de estados exigidos por la Convención, en 1999.<sup>1</sup>

A su vez, en el ámbito internacional se ha avanzado en establecer convenciones o tratados destinados a brindar protección a ciertos grupos de personas: apátridas, mujeres, niños, trabajadores. También se han establecido sistemas de protección a ciertas ofensas o delitos especialmente graves contra los derechos humanos, como la trata de personas, la discriminación racial, el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas.

Las convenciones internacionales sectoriales o específicas son principalmente las siguientes: la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, adoptada en 1921; la Convención sobre Condición de los Extranjeros, adoptada en 1928; la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, adoptada en 1933; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en 1948; la Convención sobre Estatuto de los Refugiados, adoptada en 1951; la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, adoptada en 1953; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptado en 1954; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada en 1968; la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseanza, adoptada en 1960; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Dis-

1 Véase Cançado Trindade, Antonio Augusto, "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 39-62.

criminación contra la Mujer, adoptada en 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, adoptada en 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1994.

#### IV. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

En el ámbito internacional, se ha desarrollado lo que se denomina la “tercera generación” de derechos humanos, los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales se cuenta el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz,<sup>2</sup> los cuales se han ido desarrollando en el último tercio del siglo XX.

2 Véase Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Derechos de solidaridad, *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, pp. 63-73. M’Braye, K., “Le droit au développement comme un droit de l’homme”, *Revue des droits de l’homme*, París, Pedone, 1972, vol. V, 2-3, pp. 505 y ss.

Álvarez Vita, J. Y., Derecho al desarrollo, Perú, Instituto Peruano de Derechos Humanos-Editorial Cultural Cuzco, 1988.

Ruiz, Miguel A., “¿Tenemos derecho a la paz?”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, 1985, núm. 3.

|   |    |
|---|----|
| La fundamentación de los derechos esenciales, fundamentales o humanos y su concepto . . . . . | 9  |
| I.    Filosofía, ideología y ciencia de los derechos humanos                                  | 9  |
| II.   Fundamentación de los derechos humanos o derechos fundamentales y su concepto . . . . . | 10 |

# LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS ESENCIALES, FUNDAMENTALES O HUMANOS Y SU CONCEPTO

## I. FILOSOFÍA, IDEOLOGÍA Y CIENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de los derechos humanos es posible reconocer cognitivamente tres dimensiones: una filosofía, una ideología y una ciencia de los derechos humanos o derechos fundamentales.

- a) La filosofía de los derechos humanos es, como señala Bidart Campos, “una filosofía político jurídica, y una filosofía que alberga una estimativa axiológica, una deontología o una dikelogía que viene a anudarse... con la filosofía de los valores”.<sup>3</sup> Ello implica el estudio de los derechos humanos como valores fundamentales que concretizan la dignidad de la persona humana y las exigencias éticas de libertad, igualdad y paz en la vida en sociedad. Esta filosofía de los derechos humanos contribuye significativamente a bosquejar una forma de organización de la sociedad política, que es la democracia contemporánea. En efecto, la democracia de nuestros días tiene su base fundamental y sustantiva en el aseguramiento, respeto, promoción y garantía de los derechos esenciales o derechos humanos.
- b) La ideología de los derechos humanos constituye la concepción e idea de derecho que inspira una sociedad política de tipo personalista y una concepción de Estado instrumentalista que, organizada en un sistema o régimen político democrático, asegura y otorga efectividad sociológica a tales derechos.

<sup>3</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, p. 46.

La ideología se interrelaciona con la filosofía de los derechos humanos en cuanto esta última posibilita la concreción de sus principios en el mundo jurídico político.

- c) La ciencia de los derechos humanos ha sido conceptualizada por René Cassin como “una rama particular de las ciencias sociales, que tiene como objeto estudiar las relaciones entre los hombres en función de la dignidad humana, determinando los derechos y las facultades necesarias en conjunto para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano”,<sup>4</sup> y nosotros agregaríamos de todo ser humano y de todos los seres humanos.

Esta ciencia se ha denominado también “derecho de los derechos humanos” (law of human rights), que es aquel ámbito del derecho general que tiene por objeto el estudio y análisis de los derechos humanos o derechos fundamentales.<sup>5</sup>

## II. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CONCEPTO

En nuestra opinión, es necesario considerar conjuntamente el tema del fundamento y del concepto de los derechos humanos. El fundamento responde a la pregunta del porqué de los derechos humanos, mientras que el concepto responde a la pregunta del para qué de los derechos humanos, sobre todo en una perspectiva dinámica, con lo cual coincidimos con Peces-Barba<sup>6</sup> y Prieto.<sup>7</sup>

Asimismo, la fundamentación y la protección de los derechos fundamentales, aunque constituyen temas diferentes, ya que el primero es filosófico y el segundo de carácter jurídico-político, no se pueden presentar completamente diferenciados. Por tanto, en otro acápite de este capítulo consideraremos la forma de proteger los derechos, pero teniendo presente que una de las formas de protegerlos es respaldándolos con buenos fun-

<sup>4</sup> Cassin, René, *Derechos fundamentales*, traducción de Peces-Barba, Gregorio, p. 80.

<sup>5</sup> Véase Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 113.

<sup>6</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Cursos de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995, pp. 102-105.

<sup>7</sup> Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 18.

damentos a la hora de defenderlos. Esta defensa es un auténtico desafío moral en nuestra época y un elemento fundamental para la realización de la justicia en el ámbito del derecho y para la legitimación del poder político en la sociedad contemporánea.

### 1. *Fundamentación iusnaturalista u objetivismo jurídico*

Esta teoría sostiene la existencia de un derecho natural, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostenta la persona como reflejo de un cierto orden normativo natural.<sup>8</sup>

Passerin d'Entrèves señala la importancia e influencia de la concepción iusnaturalista en las ideas y en la práctica histórica occidental durante estos dos milenios.<sup>9</sup>

Diversos autores muestran la diversidad de orientaciones en el desarrollo del derecho natural o concepción iusnaturalista, entre ellos, Antonio Truyol distingue entre un iusnaturalismo platónico-aristotélico, un iusnaturalismo estoico, un iusnaturalismo trascendente o teológico, un iusnaturalismo racionalista, un iusnaturalismo metafísico historicista, un iusnaturalismo neokantiano y un iusnaturalismo axiológico.<sup>10</sup>

Para el análisis que nos interesa de los derechos humanos reduciremos dicha clasificación a tres ámbitos, que nos parecen los adecuados, pese a la discrecionalidad que supone toda clasificación. Una primera corriente iusnaturalista ontológica, que puede denominarse también aristotélico-tomista o teológica y que incluye el neotomismo contemporáneo; la segunda corriente constituye el iusnaturalismo racionalista y del contrato social, incluyendo las concepciones neocontractualistas; y una tercera corriente que puede considerarse como iusnaturalismo deontológico, ético o axiológico.

8 Véase Fernández Galiano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho...*, op. cit.

9 Passerin D'Entrèves, A., *La doctrina del diritto naturale*, op. cit., p. 13.

10 Truyol, Antonio, "Fundamento de derecho natural", *Nueva enciclopedia seix*, Barcelona, 1954, pp. 12 y 13, cit. por Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Debate, 1984, p. 209.

A. *La corriente del derecho natural ontológico que se concreta en las concepciones tomistas y neotomistas*

En estas concepciones parte de una ontología como ciencia del ser que reconoce los fundamentos metafísicos del orden moral, creando un orden natural objetivo y trascendente de contenido ético que participa del orden de la ley eterna, abarcador de todo el universo (Santo Tomás de Aquino).

Es en este orden natural y objetivo donde tienen sus raíces los derechos humanos o fundamentales, el cual es accesible al conocimiento humano a través de la recta razón. El ser (natural) del derecho (natural) se constituye como deber ser del derecho (positivo).

El modelo iusnaturalista aristotélico-tomista o teológico tiene en Santo Tomás de Aquino su expresión de mayor lucidez, como señala Antonio Truyol, “fruto de una maravillosa labor de síntesis que supo armonizar elementos que a otros parecían inconciliables, y de un equilibrio metodológico, en el que ordenadamente conviven la especulación racional y la investigación personal, el sistema de Aquinatense ha gravitado luminosamente sobre el pensamiento católico posterior”.<sup>11</sup>

En la misma línea, Passerin D’Entrèves nos señala: “Esta función completamente nueva de la idea del derecho natural no aparece en ningún lugar tan patente como en las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino. Él es el máximo representante de la filosofía medieval, a la par que el pensador más constructivo y sistemático de la Edad Media”, agregando: “por tanto podemos elegir sin escrúpulos la teoría del derecho natural de Santo Tomás como la mejor ilustración del papel que aquella noción estaba llamada a desempeñar en uno de los grandes periodos constructivos de la civilización occidental”.<sup>12</sup>

Santo Tomás, en la Suma teológica, determina los conceptos de ley eterna, ley natural y ley positiva, señalando:

hemos dicho ya que la ley no es otra cosa sino el dictamen de la razón práctica de parte del soberano que gobierna una sociedad perfecta. Pero es claro que siendo el mundo gobernado por la providencia divina, toda la comunidad del universo está regida por la razón de Dios, y por consiguiente la misma razón que gobierna todas las cosas tiene carácter de ley, siendo

11 Truyol, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1975, t. I, p. 342.

12 Passerin D’Entrèves, *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972, p. 46.

de Dios como de un soberano del Universo, y ya que la razón deriva no concibe nada en el tiempo sino sólo en la eternidad, como se dice en el Libro de los Proverbios (8.23), de ahí se sigue que hemos de llamar eterna dicha ley... Por tanto, dado que todas las cosas gobernadas por la razón están sujetas a la regla y medida de la ley eterna... es claro que todas las cosas participan de la ley eterna, en cuanto la llevan impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines. Y entre las demás criaturas, el hombre está dirigido de un modo más excelente por la divina providencia, en cuanto el mismo cae bajo la dirección de la providencia, y a la vez dirige las cosas para su propio bien y el de los demás. De ahí que el hombre participa de la razón eterna, por la cual se inclina naturalmente el debido orden de sus actos y de su fin. Y tal participación en la ley eterna en la criatura racional es lo que llamamos ley natural... La ley natural no es otra cosa sino la participación de la ley eterna en la criatura racional... A partir de los preceptos de la ley natural que son los principios comunes e indemostrables, la razón humana ha de proceder a obtener leyes más particulares. Y estas determinaciones particulares encontradas según el proceso de la razón humana se llaman leyes humanas.<sup>13</sup>

Así, la ley natural y la ley humana se encuentran ordenadas a la ley divina o eterna, fundándose todo el ordenamiento en la autoridad de Dios. Así, el ser del derecho natural, que es la participación del hombre en el orden general instaurado por Dios, se convierte en el deber ser del derecho positivo.

El verdadero derecho es el derecho natural; el derecho positivo lo es de forma derivada, y sólo en la medida en que es coherente y armoniza con el criterio de justicia instituido por el derecho natural. Así, las normas del derecho positivo que no se ajustan al derecho natural no es derecho legítimo ni válido. Al respecto, Santo Tomás señala:

Como dice Agustín en *Del Libre Albedrio*, libro I, capítulo 5, “no parece ser ley la que no sea justa”. Por tanto, una ley tiene fuerza en tanto en cuanto es justa. Y en las cosas humanas se dice que algo es justo en cuanto es recto según la regla de la razón. Pues la razón es la primera norma de la ley como se ha dicho. De ahí se sigue que toda ley humana en tanto es ley en cuanto se deriva de la ley natural. Mas si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley.<sup>14</sup>

13 Aquino, Tomás de, *Tratado de la ley*, I, II. Cuestión 91, artículos 1o.-3o.

14 *Ibidem*, artículo 2o.

El iusnaturalismo tiene el valor indesmentible de centrar la preocupación en el vínculo entre derecho y moral y de reflexión sobre la justicia.

Dentro del iusnaturalismo del siglo XX pueden considerarse, además, entre otros, y J. Messner, a Heinrich Rommen, a Michael Villey, a Jacques Lechercq, a Giorgio del Vecchio, a Legaz y Lacambra, a Jacques Maritain.

Para Heinrich Rommen, del derecho natural forma parte del orden moral, siendo la parte de dicho orden que rige la convivencia social en orden a la concreción de la justicia y el bien común. Esta parte del orden moral se concreta en un conjunto mínimo de normas fundamentales, de las cuales dos de ellas son las fundamentales, la de dar a cada uno lo suyo y el no dar a las otras personas. De estas normas, por inferencia lógica, se van deduciendo otras (véase *El derecho natural y la historia*).

En la perspectiva neotomista contemporánea puede señalarse destacadamente a Jacques Maritain, para quien:

El valor de la persona, su libertad, sus derechos, surgen de las cosas naturalmente sagradas que llevan la seal del padre de los seres y tienen en sí el término de su movimiento. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización; su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto, y que reflejan, en cierto modo, un absoluto superior al mundo, hacia el cual tienden.<sup>15</sup> Esta descripción, señala Maritain, no es monopolio de la filosofía cristiana, siendo “común a todas las filosofías que, de una u otra manera, reconocen la existencia de un absoluto superior al orden de todo el universo, y el valor supratemporal del alma humana.<sup>16</sup>

Esta persona reclama la vida en sociedad, la vida política, en una sociedad de personas humanas, en un todo de todos, en la medida en que cada persona es un todo que tiene libertades e independencia. La sociedad política tiene un fin o bien propio que es el bien común, el cual se perverte si no contribuye al desarrollo de las personas.

Para Maritain, el derecho natural “es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico”.<sup>17</sup>

15 Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, La plyade, 1972, p. 13.

16 *Ibidem*, op. cit., pp. 13 y 14.

17 *Ibidem*, op. cit., p. 65.

Esto significa que hay “en virtud de la propia naturaleza humana, un orden a una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el derecho natural, no es otra cosa que esto”.<sup>18</sup>

La naturaleza deriva de Dios, y la ley no escrita deriva de la ley eterna, que es la sabiduría creadora.

En todo caso, basta “creer en la naturaleza humana y en la libertad del ser humano para estar persuadido de que hay una ley no escrita, para saber que el derecho natural es algo real en la orden moral como las leyes del crecimiento y la senilidad en el orden físico”.<sup>19</sup>

Maritain precisa que “el único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común es que es preciso hacer el bien y evitar el mal. Éste es el preámbulo y el principio de la ley natural, pero no es la ley misma”.

En este ámbito, Maritain actualiza a Santo Tomás en la *Summa Teológica* cuando señala este último que el primer principio de la razón práctica y de la ley natural es que “el bien hay que hacerlo y perseguirlo y el mal evitarlo”;<sup>20</sup> así toda persona que llega al uso de razón, en cuanto desee formular un juicio, ya tendrá presentes las nociones de bien y mal en el campo de acción de su entendimiento, que son anteriores al acto de juzgar.

Maritain precisa así que “la ley natural es el conjunto de cosas que deben hacerse o no hacerse, que surgen de una manera necesaria del solo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración”.<sup>21</sup>

Las personas pueden errar y tener un conocimiento imperfecto o defectuoso, o actuar con pasión que afecte su entendimiento, actuando mal o cometiendo graves crímenes, pero ello nada prueba en relación con la ley natural, como las fallas de una persona al sumar nada prueba contra la arit-

18 *Ibidem*, *op. cit.*, p. 67.

19 *Idem*.

20 *Summa Teológica*, I, II, 94, 2c.

21 Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, La playada, 1972, p. 68.

mética. En efecto, “la ley natural es una ley no escrita. El conocimiento que de ella tiene el hombre ha crecido poco a poco con los progresos de la conciencia moral”,<sup>22</sup> agregando que:

el conocimiento que los hombres han tenido de la ley no escrita ha pasado por más formas y estados diversos que los que hubieran creído ciertos filósofos o teólogos. El conocimiento de esta ley que tiene nuestra conciencia moral es, sin duda, aún imperfecto, y es probable que se desarrolle y afirme en tanto dure la humanidad. El derecho aparecerá en su flor y su perfección cuando el Evangelio haya penetrado hasta el fondo de la substancia humana.<sup>23</sup>

La ley natural y la luz de la conciencia moral reconocen, asimismo, los derechos vinculados a la misma naturaleza del hombre. “La persona humana tiene derechos por el hecho de ser una persona, un todo dueño de sí y de sus actos, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. La dignidad de la persona humana: esta frase no quiere decir nada si no significa que debe ser respetada y, sujeto de derecho, posee derechos”.<sup>24</sup>

Así, los derechos humanos se derivan de la dignidad de la persona humana, y ésta se funda en la ley natural. “La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de la ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales”.<sup>25</sup>

La conciencia de los derechos de la persona tienen su origen, dirá Maritain “en la concepción del hombre y del derecho natural establecida por siglos de filosofía cristiana”.<sup>26</sup>

En definitiva,

los derechos fundamentales como el derecho a la existencia y a la vida el derecho a la libertad de la persona o derecho a conducir la vida como dueño de sí mismo y de sus actos, responsable de éstos ante Dios y ante la ley de la ciudad, el derecho a la búsqueda de la perfección de la vida humana, moral y racional y, el derecho a la búsqueda del bien eterno, el derecho a

22 Maritain, Jaques, *op. cit.*, p. 69.

23 *Idem.*

24 Maritain, Jacques, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 70.

25 *Idem.*

26 *Ibidem*, p. 84.

la integridad corporal, el derecho a la propiedad privada de los bienes materiales, que es una salvaguarda de las libertades de la persona, el derecho a casarse según la propia elección, y de fundar una familia con la seguridad de las libertades que le son propias, el derecho de asociación, el respeto a la libertad humana de cada uno, representa o no un valor económico para la sociedad, todos estos derechos arraigan en la vocación de la persona, agente espiritual y libre, al orden de los valores absolutos y a un destino superior al tiempo.<sup>27</sup>

Maritain se refiere también a los derechos de la persona cívica que dependen indirectamente del derecho natural y surgen de la constitución fundamental de la sociedad política. El hombre reclama naturalmente llevar una vida política y participar activamente en la vida de la comunidad política. “Las libertades políticas y los derechos políticos... reposan sobre este postulado de la naturaleza humana”.<sup>28</sup>

En efecto, si la autoridad política tiene la función de dirigir a una sociedad de hombres libres hacia el bien común, “es normal que esos hombres libres escojan por sí mismos quiénes tendrán la función de dirigirlos: es ésta la forma más elemental de la participación activa en la vida política”.<sup>29</sup> El sufragio universal, la elección de los dirigentes del Estado, la asociación en partidos políticos, la igualdad política, la igualdad ante la ley, la igual admisibilidad de todos los ciudadanos a los empleos públicos sin discriminación.

La obra de Maritain se refiere también al reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito social, económico y cultural. Sin perjuicio de ello, la preocupación central se manifiesta respecto de los derechos del ser humano en la función del trabajo,

la adquisición de conciencia de una dignidad humana ofendida y humillada, y la adquisición de conciencia de la misión del mundo obrero en la historia moderna. Significa la ascensión hacia la libertad y la personalidad, tomada en su realidad interior y en su expresión social, de una comunidad de personas, de la comunidad a la vez más próxima a las bases materiales de la vida humana y más sacrificada, la comunidad del trabajo manual, la comunidad de las personas humanas afectadas a este trabajo,<sup>30</sup> en definitiva, “la

27 *Ibidem*, pp. 83 y 84.

28 *Ibidem*, p. 88.

29 *Ibidem*, p. 88.

30 *Ibidem*, pp. 94 y 95.

adquisición histórica de que hablamos, es la adquisición de la conciencia de la dignidad del trabajo y de la dignidad obrera, de la dignidad de la persona humana en el trabajador como tal”,<sup>31</sup> lo que requiere tomar forma en el derecho a un salario justo, el derecho a un título de trabajo (estabilidad y progreso en la actividad laboral), en un sistema de cogestión y copropiedad (en que el trabajador participa de la gestión de la empresa), la libertad sindical, asociaciones profesionales, la estructuración de toda la organización de la economía sobre un principio estructural y cooperativo, derecho a la asistencia en caso de miseria, enfermedad, vejez y desocupación.<sup>32</sup>

Maritain concluye este análisis, señalando que “el progreso marcha en el sentido de la emancipación humana, no solamente en el orden político, sino también en el orden económico y social”, donde las diversas formas de servidumbre sean abolidas, “lo cual supone no solamente el paso a estados de organización mejores, sino asimismo el paso a una conciencia mejor de la dignidad de la persona humana en cada uno de nosotros, y de la primacía del amor fraternal entre todos los valores de nuestra vida. De este modo avanzaremos hacia la conquista de la libertad”.<sup>33</sup>

Jacques Maritain señala:

se trata de establecer la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción.<sup>34</sup>

El mismo Maritain dirá que:

toda justificación racional de la idea de los derechos del hombre, así como la idea del derecho en general, exige que hallemos en sus verdaderas connotaciones metafísicas, en su dinamismo realista y en la humildad de sus relaciones con la naturaleza y la experiencia, la noción de la ley natural, desfigurada por el racionalismo del siglo XVIII. Nos percatamos entonces de que determinado orden ideal, arraigado en la naturaleza del hombre y de la socie-

31 *Ibidem*, p. 95.

32 *Ibidem*, pp. 96 y 111.

33 *Ibidem*, p. 108.

34 Maritain, Jacques, *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*, Madrid, Debate, 1991, p. 116.

dad humana, puede imponer exigencias morales, por doquier válidas en el mundo de la experiencia, de la historia y del hecho, y crear, por igual para la conciencia y para la ley escrita, el principio permanente y las normas primeras y universales del deber.<sup>35</sup>

Maritain, en el prólogo a *Los derechos del hombre*, investigación de la UNESCO realizada en 1947, señalaba que:

la adopción o el rechazo de la ley natural como fundamento de los derechos del hombre dividía en dos grupos opuestos las opiniones sobre dicho fundamento..., para los primeros, el hombre, en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales e inalienables anteriores (por su naturaleza) y superiores a la sociedad, y por ella misma nace y se desarrolla la vida social, con cuantos derechos y deberes implica. Para los segundos, el hombre, en razón del desarrollo histórico de la sociedad se ve revestido de derechos de continuo variables y sometidos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad misma, a medida que progresa a compás del movimiento de la historia.

Para J. Maritain, el contraste entre las dos es “irreductible y no admite conciliación en el plano teórico”, pero ella:

podría, primero, atenuarse algo, siempre y cuando que por los partidarios de la ley natural se subraye que, si bien ciertos derechos fundamentales responden a una exigencia inicial de esta ley y otros derechos a una exigencia posterior e incluso a un simple anhelo de esta última, nuestro conocimiento de unos y otros queda en todo el caso sometido a un desarrollo lento y azaroso, por lo cual sólo emergen como reglas de conducta reconocidas a medida y en virtud del progreso de la conciencia moral y del desarrollo histórico de las sociedades; y siempre y cuando que por los adversarios de la ley natural se recalcará que, si bien hay derechos que aparecen como función de la evolución de la sociedad, en cambio, otros derechos más primitivos aparecen como función de la misma existencia de la sociedad.<sup>36</sup>

La concepción neotomista se ve reflejada en la doctrina social de la Iglesia católica, a través de las encíclicas sociales, constituyendo la encíclica *pacem in terris* del papa Juan XXIII, establecida en 1963, una muestra representativa. Dicha encíclica señala:

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>36</sup> Maritain, Jaques, *Prólogo a los derechos del hombre*, Barcelona, Laia, 1973.

En toda convivencia humana bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que por lo tanto de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables.

Asimismo, el papa Pablo VI, en su mensaje al presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión del XXV aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos (10 de diciembre de 1973), realizó una firme defensa de los Derechos Humanos, en los siguientes términos:

Impulsado por la conciencia de nuestra misión, que consiste en hacer presente, vivo y actual el mensaje de salvación proclamado por Cristo, no hemos dejado de afirmar repetidas veces, a lo largo de nuestro pontificado, nuestra adhesión moral a las actividades de las Naciones Unidas en favor de la justicia, la paz y el desarrollo de todos los pueblos.

Al disponerse esa ilustre Asamblea internacional a celebrar el XXV aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, queremos aprovechar la ocasión una vez más para expresar nuestra gran confianza y, al mismo tiempo, nuestra firme conformidad por el empeo de la Organización de las Naciones Unidas en favor de la promoción cada vez más concreta, más autorizada y más eficaz, del respeto de los derechos fundamentales del hombre.

Como dijimos en otra circunstancia, la Declaración de los Derechos Humanos “sigue siendo para nosotros uno de los timbres de gloria más hermosos” de vuestra Organización (Mensaje con ocasión del XXV aniversario de la Organización de las Naciones Unidas, AAS 62 1970, p. 684), especialmente si se tiene en cuenta la importancia que le corresponde como camino seguro para la paz. En realidad, la paz y el derecho son dos bienes relacionados directa y recíprocamente como causa y efecto: no puede haber paz verdadera donde no se respeten, se defiendan y se promuevan los derechos humanos. Si esta promoción de los derechos de la persona humana lleva a la paz, la paz por su parte favorece su realización.

El Papa Pablo VI en dicha Carta agrega:

La Iglesia, preocupada en primer lugar por los derechos de Dios —dijimos el año pasado al secretario general, señor Kurt Waldheim—, no podrá desinteresarse nunca de los derechos del hombre, hecho a imagen y semejanza

de su Creador. La Iglesia se siente herida cuando los derechos humanos, cualesquiera y dondequiera que sea, se ignoran y se violan (AAS 64, 1972, p. 215).

Por eso la Santa Sede presta su pleno apoyo moral al ideal común contenido en la Declaración Universal, así como al aquilatamiento progresivo de los derechos humanos que en ella se formulan.

Los derechos del hombre se fundan en la dignidad reconocida de todos los seres humanos, en su igualdad y fraternidad. El deber de respetar estos derechos tiene carácter universal. La promoción de tales derechos es factor de paz; su violación es causa de tensiones y trastornos, incluso a nivel internacional.

Si los estados tienen interés en cooperar en el campo de la economía, de la ciencia, de la tecnología y de la ecología, lo tienen todavía más en colaborar para proteger y promover los derechos del hombre, y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas los compromete expresamente a ello.

A veces se objeta que esta colaboración de todos los estados para promover los derechos humanos constituye una injerencia en los asuntos internos. Pero, acaso no es verdad que el medio más seguro con que cuenta el Estado para evitar intromisiones del exterior es precisamente reconocer y asegurar él mismo en los territorios de su jurisdicción el respeto de los derechos y libertades fundamentales?

Sin querer entrar en los pormenores de cada una de las fórmulas de la famosa Declaración, pero teniendo en cuenta lo elevado de su inspiración y el texto en su conjunto, podemos afirmar que sigue siendo la expresión de una conciencia más madura y más exacta de los derechos de la persona humana. Continúa representando la base firme del reconocimiento para cada hombre de un derecho de ciudadanía honorable en la comunidad de los pueblos.

Sería verdaderamente lamentable para la humanidad que una proclamación tan solemne se redujese a un vano reconocimiento de valores o a un principio doctrinal abstracto, que quedara sin aplicación concreta y cada vez más coherente en el mundo contemporáneo, como S. E. justamente sealó al hacerse cargo de la presidencia de esa Asamblea.

Sabemos perfectamente que, por lo que se refiere a los poderes públicos, esta aplicación no se logra sin dificultades, pero es necesario emplear al mismo tiempo todos los medios para asegurar el respeto y la promoción de tales derechos por parte de quienes tienen el poder y el deber de hacerlo, y, a la vez, para desarrollar más cada vez en las personas la conciencia de los derechos y de las libertades fundamentales del hombre. Es preciso recurrir a la colaboración de todos, a fin de que estos principios los respeten “todos, en todas partes y en beneficio de todos” (mensaje a la Conferencia

de Teherán, con ocasión del XX aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos, AAS 60, 1968, p. 285). ¿Es realmente posible, sin grave peligro para la paz y la armonía de los pueblos, permanecer insensible frente a tantas violaciones graves y a menudo sistemáticas de los derechos humanos, tan claramente proclamados en la Declaración, como universales, inviolables e inalienables?

No podemos ocultar nuestra fuerte preocupación en vista de la persistencia o agravamiento de situaciones que lamentamos profundamente; por ejemplo, la discriminación racial o étnica, los obstáculos para la autodeterminación de los pueblos, las repetidas violaciones del sagrado derecho a la libertad religiosa en sus distintos aspectos y la falta de un acuerdo internacional que la ampare y determine sus consecuencias, la represión de la libertad de expresar las opiniones sanas, el trato inhumano a los prisioneros, la eliminación violenta y sistemática de los adversarios políticos, las restantes formas de violencia, y los atentados contra la vida humana, particularmente en el seno materno. A todas las víctimas silenciosas de la injusticia, prestamos nuestra voz para protestar y suplicar. Pero no basta con denunciar, por lo demás a menudo demasiado tarde y de manera ineficaz: es preciso también analizar las causas profundas de estas situaciones y comprometerse decididamente a afrontarlas y resolverlas correctamente.

A pesar de todo, es alentador comprobar la sensibilidad que los hombres de nuestro tiempo muestran con relación a los valores fundamentales contenidos en la Declaración Universal. En efecto, la multiplicación de denuncias y reivindicaciones, no es acaso signo sintomático de esta creciente sensibilidad ante la multiplicación de los atentados contra las libertades inalienables del hombre y de las colectividades?

Con gran interés y viva satisfacción hemos sabido que la Asamblea General, con ocasión del XXV aniversario de la Declaración Universal, va a celebrar una sesión especial, en el curso de la cual se proclamará el decenio de lucha contra el racismo y la discriminación racial. Esta iniciativa, eminentemente humana, encontrar aunadas, una vez más, a la Santa Sede y a las Naciones Unidas —aunque en planos diferentes y con distintos medios— en un esfuerzo común para defender y proteger la libertad y la dignidad de todos los hombres, y en todos los grupos, sin distinción alguna de raza, color, lengua, religión o condición social.

Queremos subrayar también en este mensaje el valor y la importancia de los demás documentos aprobados ya por las Naciones Unidas y referentes a los derechos humanos. Inspirados en el espíritu y los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suponen un paso hacia adelante en la promoción y en la protección concreta de varios de esos derechos, cuya aplicación escrupulosa y fiel quieren garantizar. Su ratificación les asegurará la eficacia en el plano nacional e internacional, la

Santa Sede, por su parte, presta su adhesión moral y ofrece su apoyo a los encomiables y legítimos ideales que los inspiran.

Si los derechos fundamentales del hombre constituyen un bien común de toda la humanidad en camino hacia la conquista de la paz, es necesario que todos los hombres, cobrando conciencia cada vez más clara de esta realidad, tengan bien presente que, en este campo, hablar de derechos es también enunciar deberes.

Renovamos nuestros votos a vuestra noble e insigne Asamblea, con la confianza de que continuar promoviendo infatigablemente entre las naciones el respeto y la aplicación de los principios enunciados solemnemente en la Declaración Universal, esforzándose sinceramente para convertir la familia humana en una comunidad mundial de hermanos, donde todos los hijos de los hombres puedan llevar una vida digna de hijos de Dios (Vaticano, 10 de diciembre de 1973).

### B. *La corriente del iusnaturalismo racionalista y las teorías del contrato social*

Estas teorías son construcciones puramente hipotéticas o analíticas.

Las teorías contractualistas constituyen construcciones teóricas que tienen por objeto explicar la existencia de la sociedad política con base en un pacto o un contrato que se concretaría en el origen de la sociedad en forma de un acto jurídico revestido de conformidad voluntaria o aceptación de las personas.

Respecto de las concepciones contractualistas hay diversas versiones, las que Kliemt clasifica en versiones puramente explicativas, versiones explicativo-legitimantes y versiones puramente legitimantes de la concepción básica.<sup>37</sup>

A su vez, como señala Matteucci, hay tres niveles del discurso contractualista: uno es el de aquellos que sostienen que el pasaje del estado de naturaleza al estado de sociedad es un hecho histórico realmente acontecido; otros consideran al estado de naturaleza como una simple hipótesis lógica, con el objetivo de crear la idea racional o jurídica de Estado como debe ser, dándole un fundamento a la obligación política en el consenso de las personas a una autoridad que los represente; finalmente, otro sector ve

37 Kliemt, Hartmut, *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, op. cit., pp. 59 y ss.

en el contrato social únicamente un instrumento de acción política que tiene por objeto imponer límites a quienes detentan el poder.<sup>38</sup>

### a. El contractualismo clásico

En el contractualismo clásico de los siglos XVII y XVIII el contrato social tiene por objeto proteger derechos naturales, como señala Eusebio Fernández:

el poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un derecho deducido de la naturaleza natural del hombre, anterior en el tiempo a todo Derecho elaborado por las sociedades políticas realmente existentes y superior cualitativamente a las leyes positivas, tan superior que les otorga su validez moral y jurídica.<sup>39</sup>

Ello es comprobable en H. Groccio; S. Pufendorf; B. Spinoza; J. Locke; J. J. Rousseau; E. Kant, entre otros.

Para Hugo Groccio, el *ius* denota “una cualidad moral, ligada a la persona, en virtud de la cual se puede legítimamente tener o hacer ciertas cosas”,<sup>40</sup> el cual se convierte en una facultad sobre sí mismo o libertad y un poder sobre los otros o dominio, confundándose con la facultad de exigir lo que es debido. Este derecho-facultad es un “derecho natural”,<sup>41</sup> que consiste en ciertos principios de la recta razón “que nos permiten conocer que una acción es moralmente honesta o deshonestas, según su correspondencia o no con una naturaleza razonable o sociable”.<sup>42</sup>

38 Matteucci, Nicola, “Contractualismo”, *Diccionario de política*, 2a. ed., Madrid, Siglo XXI Editores, 1981, p. 408.

39 Fernández, Eusebio, “El contractualismo clásico (siglo XVII y XVIII) y los derechos naturales”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 2, 1983, p. 96.

40 Groccio, Hugo, *Del derecho de la guerra y la paz*, libro I, capítulo 1.

41 *Ibidem*, *De iure belli ac pacis*, I, I, núm. 10.5.

42 *Ibidem*, núm. 10.1.

Para Hugo Grocio, en la universalidad del derecho natural surge el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la tolerancia religiosa.<sup>43</sup>

S. Pufendorf, en su obra *De jure natural et gentium* (1672), desarrolla la teoría de los *entia moralia*, en la que afirma el concepto de derecho, que implica obligación e imputación. A su vez, Pufendorf considera que los deberes del hombre y del ciudadano son obligaciones de todos los seres humanos a los dictámenes de la *lex naturalis*. Así, el derecho natural expresa una “regla de razón destinada de conformidad con la ley natural divina, a dotar de orden y sentido a la acción colectiva de los hombres”.<sup>44</sup>

Para Pufendorf, todas las personas, de acuerdo con el derecho natural, tienen derecho a un tratamiento igual, el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal y moral, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho de propiedad privada.<sup>45</sup>

B. Spinoza señala que los derechos parten del derecho natural intrasferible al Estado, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, a la integridad física y a la seguridad, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión.<sup>46</sup>

Para Locke, la naturaleza humana se sitúa bajo la dimensión de la libertad, que es una condición, un medio y un fin para la existencia auténtica del ser humano. Este individuo es un ser social y moral,<sup>47</sup> obligado a la sociabilidad por la ley natural, siendo portador de derechos naturales.

En virtud de la ley o el derecho natural los hombres son libres e iguales, teniendo todos igual capacidad de libertad, aunque no todos la realizan plenamente, siendo los más razonables y mejores, los individuos más libres. Locke considera que la libertad, la igualdad, la propiedad y el derecho a la resistencia a la opresión se inscriben en la naturaleza humana.

43 Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, capítulo 2, núm. 21 y capítulo XVN, núm. 8.

44 Goyard-Fabre, Simone, *Los derechos del hombre: orígenes y prospectivas. En problemas actuales de los derechos fundamentales*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 29 y 30.

45 Pufendorf, S., *Le droit de la nature et de gens su systeme général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, t. I, libro 1, capítulo I, cit. por Fernández Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., pp. 170 y 171.

46 Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, capítulo 20.

47 Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, párrafo 2.

Para E. Kant, el contrato social es:

una mera idea de la razón, pero que tiene indudable realidad (práctica), a saber: la de obligar a cada legislador para que dé sus leyes tal como si éstas pudiesen haber nacido de la voluntad reunida de todo un pueblo y para que considere a cada súbdito, en cuanto quiere ser ciudadano, como si él hubiera estado de acuerdo con una voluntad tal. Esto es, en efecto, la piedra de toque, la juridicidad de una ley pública capaz de regir para todos.<sup>48</sup>

E. Kant sostiene que los miembros de la sociedad civil tienen tres atributos jurídicos derivados de su calidad de ciudadano: la libertad legal, la igualdad civil y la independencia y autonomía.<sup>49</sup>

Como señalaba Del Vecchio, Kant concibe el contrato social “como pura idea que expresa el fundamento jurídico del Estado como su arquetipo racional”.<sup>50</sup>

Con Kant acaba la escuela del derecho natural y comienza la del derecho racional.

### b. El neocontractualismo

Como señala Fernández, el neocontractualismo:

afirma que la legitimidad del poder político se encuentra en el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos fundamentales, equivale a afirmar que el contenido del contrato es siempre la mejor forma de articular (a través de derecho jurídico, Constituciones, instituciones sociales, planes económicos, modelos de sociedad) el respeto, ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales, no los derechos humanos mismos, que como derechos morales, son previos al poder político y al derecho.<sup>51</sup>

Las concepciones neocontractualistas, más que explicar el origen y existencia de la sociedad, tienen la finalidad de fundamentar una determinada concepción de sociedad.

48 Kant, E., *Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político (contra Hobbes)*. En *filosofía de la historia*, Buenos Aires, Nova, 1964, pp. 167 y 168.

49 Kant, E., *Principios metafísico del derecho*. XLVI.

50 Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, Bosch.

51 Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 220.

Coincide en esta posición Dworkin, para el cual, la teoría de los derechos que se encuentra implícita en la construcción del contrato, tiene que ser una teoría “que se base en el concepto de los derechos que son ‘naturales’ en el sentido de que no son el producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético”.<sup>52</sup>

En esta perspectiva se sitúa Rawls, el cual señala claramente:

lo que he tratado de hacer es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción... La teoría resultante es de naturaleza altamente Kantiana... Mis ambiciones respecto al libro quedarán completamente realizadas si permite ver más claramente los principales rasgos estructurales de una concepción alternativa de la justicia que está implícita en la tradición contractualista, señalando el camino de su ulterior elaboración. Creo que, de los puntos de vista tradicionales, es esta concepción la que mejor se aproxima a nuestros juicios meditados acerca de la justicia y la que constituye la base moral más apropiada para una sociedad democrática.<sup>53</sup>

Norberto Bobbio comparte esta posición neocontractualista sealando:

La vieja teoría del contrato social no solo no ha sido desmentida en la realidad del desarrollo histórico, sino que es más actual que nunca, aún necesita ser revisada y puesta al día... El contrato como una institución fundamental para la regulación de las relaciones sociales de interés público es más que nunca una realidad de hecho.<sup>54</sup>

En esta posición se sitúa también James Buchanan, quien señala que “la relevancia de la teoría contractual debe estribar no en su explicación del origen del gobierno, sino en su ayuda potencial para perfeccionar las instituciones de gobiernos existentes”.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Dworkin, R., *The original Position en N. Daniels Reading Rawls*, Blackwell, Oxford, 1975, p. 46, *cit.* por Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos, op. cit.*, p. 221.

<sup>53</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice (traducción al español, 1972)*, Oxford University Press, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 9.

<sup>54</sup> Bobbio, Norberto, *Il contratto sociale, oggi*, Nápoles, Guida Editor, 1980, pp. 26 y 29.

<sup>55</sup> Buchanan, James y Tullocks, Gordon, *El cálculo del consenso (fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, Madrid, Espasa Calpe, 1980, p. 361.

A su vez, Röd plantea que:

En el enfoque jurídico en virtud del cual el Estado no se presenta como producto creado por una realidad sometida a la ley de la causalidad, sino que se presenta como un sistema de normas, la idea del contrato social desempeña un papel completamente distinto al que desempeña en las teorías realistas del origen del Estado, en la medida que esta idea no sirve para responder a la cuestión de su génesis, sino a la del fundamento de la vigencia de un orden jurídico. Es esencial a las normas jurídicas que ellas tengan vigencia, es decir, que por lo regular sean reconocidas como obligatorias. La pregunta de por qué los sistemas de normas tienen un carácter obligatorio es la cuestión decisiva de la filosofía del derecho. Una posibilidad de responderla la ofrece la doctrina del contrato social en la medida que intenta reducir la obligatoriedad del derecho al *factum* de que los sometidos jurídicamente se hayan comprometido de modo voluntario a la obediencia jurídica.<sup>56</sup>

También, Eusebio Fernández defiende “el contrato social como base de legitimación social, política y jurídica”,<sup>57</sup> en las siguientes razones:

- A) La inexistencia de una sociedad estable y justa, sin un sistema de legitimación que cuenta (o sea producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de las personas que forman parte de ella, ya que todo lo que no es consentimiento, imposición o fuerza, sin negar la importancia del uso legítimo de la fuerza por el Estado. A mayor consenso, menos posibilidad de actuaciones de la fuerza y viceversa, la primacía del consenso caracteriza a los sistemas democráticos, la primacía de la fuerza a los sistemas autocráticos.
- B) La teoría del contrato social resuelve mejor los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimación social, jurídica y política, basada en principios éticos y valores de autonomía individual, libertad e igualdad, su aceptación, necesidad e importancia, contando con cierta objetividad y racionalidad.

<sup>56</sup> Röd, Wolfgang, *La idea del contrato social y el problema de la vigencia del derecho*, cit. por Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., pp. 201 y 202.

<sup>57</sup> Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, pp. 195 y ss.

- C) El principio de legitimidad contractualista aporta argumentos que otorgan fundamento y dan efectividad a las nociones de obligación moral, jurídica y política, y a la obediencia al derecho, revitalizando el ideal de participación ciudadana y posibilitando la desobediencia civil justificada.
- D) La existencia de una estrecha conexión de la legitimidad contractual con el sistema de democracia liberal, ya que se adopta al tipo de decisiones contractualistas, permitiendo la elección, crítica y revisión de los diferentes modelos de sociedad.
- E) La idea del contrato social, aunque dé por supuesta la existencia del Estado, no implica una actitud estatalista, siendo posible la supremacía de la sociedad sobre el Estado, a través de una sociedad autónoma, y autogobernada, donde el contrato social se ejerce y renueva continuamente.

C. *El iusnaturalismo deontológico contemporáneo o fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos*

Los derechos humanos se fundamentan en el derecho natural; sin embargo, se refiere a un derecho natural que, más que tratarse de un orden jurídico (distinto al derecho positivo), se trata, como expresa Frede Castberg, de “principios jurídicos suprapositivos” y objetivamente válidos, de “juicio de valor de validez general y postulados —normas generales— que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana”,<sup>58</sup> en la dignidad de la persona humana.

En esta corriente el derecho natural se traduce y concreta en un complejo de valores, considerando que el derecho positivo debe adecuarse al valor, o que sólo posee esencia de derecho la norma jurídica positiva o derecho que tiende a concretar y realizar el valor como debe ser. Como dice Passerin D’Entrèves, el derecho natural aparece como “un conjunto de valores que determinan el carácter del derecho y que determinan su medida”.<sup>59</sup> También, en una matización sobre la materia, Hans Welsel sos-

58 Frede Castberg, *La philosophie du droit*, pp. 121 y 127.

59 Passerin D’Entrèves, “El derecho natural”, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966, pp. 197 y 198. Véase, del mismo autor, *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972, pp. 150 y ss.

tendrá que constituyen principios jurídicos que otorgan legitimidad al derecho positivo y a los cuales este último derecho está subordinado.<sup>60</sup>

La fundamentación ética de los derechos humanos como derechos morales busca explicitar la doble vertiente jurídica y ética de ellos, diferenciándose de la concepción iusnaturalista ontológica por el hecho de que “al mismo tiempo que insistir en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas”.<sup>61</sup>

Una fundamentación iusnaturalista atenuada no es partidaria de la universalidad ni de la inmutabilidad del derecho natural, sino de su historicidad, de acuerdo con la naturaleza histórica del hombre. En esta corriente se ubican Legaz Lacambra y Antonio Enrique Pérez Luño.

Para L. Legaz Lacambra, “es indiscutible que los derechos humanos son derechos naturales y que en la existencia de éstos consiste la realidad del derecho natural”.

Los derechos humanos así formulados pueden aún ser considerados “derechos naturales” pero en función de la naturaleza histórica del hombre, y que el sistema iusnaturalista a que responde esta formulación está transido de historicidad, y por lo mismo, no parece adecuado asignarle una universalidad que no responda a la variedad de situaciones humanas-sociales que se dan incluso en un mismo momento de la historia.<sup>62</sup>

#### a. La perspectiva intersubjetiva de Pérez Luño

Para Pérez Luño, es de la idea “de la dignidad de la persona humana, así como de las exigencias y necesidades ligadas a la consecución de la libertad y la igualdad, de donde se derivan los derechos humanos. Estos derechos esenciales tienen un fundamento anterior al Derecho positivo, esto es, preliminar y básico respecto de éste”.

El autor plantea una fundamentación intersubjetivista:

<sup>60</sup> Véase Welsel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho datural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1971. También Casbera, F., *La Philosophie du droit*, París, A. Pedone, 1970, pp. 119 y ss.

<sup>61</sup> Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 109.

<sup>62</sup> Legaz Lacambra, Luis, prólogo a la 2a. ed. de José Castán Tobeas, *Los derechos del hombre*.

Como alternativa a las fundamentaciones objetivistas y subjetivistas de los derechos humanos, el intersubjetivismo representa un esfuerzo para concebirllos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresa necesidad social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.<sup>63</sup>

Para este autor, todo intento de justificar los derechos humanos parte de las condiciones antropológicas de las personas que y para los que se aseguran tales derechos. La satisfacción de necesidades humanas naturales, biológicas o culturales (históricas), forman parte importante de la justificación de los valores que encarnan el concepto de derechos humanos.

Pérez Luño profundiza en esta perspectiva señalando:

Entiendo, en efecto, que los valores, que informan el contenido de los derechos humanos, no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende el objetivismo; ni pueden reducirse tampoco al plano de los deseos e intereses de los individuos, como propugna el subjetivismo. La fundamentación intersubjetiva, por la que me inclino, parte de la posibilidad discursiva de la razón práctica que permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituyen su soporte antropológico.

Esas necesidades, en cuanto dato social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológicos materiales.<sup>64</sup>

Para Pérez Luño, los derechos humanos constituyen “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.<sup>65</sup>

63 Pérez Luño, Antonio, “La fundamentación de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CEC, núm. 35, 1983, p. 44.

64 *Ibidem*, 66-68.

65 *Ibidem*, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Técnos, 1984.

El concepto señalado conjuga las dos dimensiones que integran el concepto general de derechos humanos: la exigencia iusnaturalista respecto de su fundamentación y las técnicas de positivización y protección que otorgan la medida de su ejercicio efectivo, como sostiene Muguerza.<sup>66</sup>

#### b. La corriente o perspectiva de la racionalidad práctica

Para ella: “los valores, como los juicios de valor, pueden ser justificados racionalmente, y ello implica que desde el punto de vista moral pueden compararse distintos sistemas de moralidad y códigos éticos y establecerse que unos son objetivamente mejores que otros”.<sup>67</sup>

Al efecto, Martin Kriele afirma que: “La teoría consensual práctica descansa, en efecto, sobre la premisa preestablecida del principio básico: cada hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad”.<sup>68</sup>

Un lugar destacado en esta perspectiva ocupa Robert Alexis y su fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos.

Robert Alexis sustenta una posición de base kantiana; es decir, una posición liberal acerca de los derechos humanos, utilizando la razón práctica y los ideales y principios de autonomía, universalidad (consenso) y democracia, partiendo de la teoría del discurso, que expone como una teoría procesal de la corrección práctica.

A través de esta fundamentación, Alexis busca refutar la concepción positivista jurídica y estructurar una teoría del derecho que enlaza la legalidad, la eficacia social y un contenido correcto, realzando las relaciones entre derecho y moral.<sup>69</sup>

66 Muguerza, Javier, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 51.

67 Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, p. 199.

68 Kriele, Martin, *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona, Herder, 1982, pp. 91 y 92.

69 Las principales obras de Robert Alexis, en la materia que nos interesa son: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; *Derechos y razón práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993; *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994; *Teoría del discurso y derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995. Principalmente este último texto sirve de base para la redacción de este acápite, véase el capítulo III.

#### D. *Fundamentación de forma y de contenido y estructura*

Para Alexis, los derechos humanos sólo pueden tener vigor si se les garantiza a través de normas de derecho positivo.

Ello le permite sealar que debe distinguirse en la fundamentación de los derechos humanos, entre un problema de forma y uno de contenido.

##### a. *La fundamentación de forma*

El problema de forma enfrenta la necesidad de transformar el contenido de los derechos humanos en derecho positivo, lo que se requiere para su conocimiento, su ejecución y su organización. El problema del conocimiento lleva a la necesidad de decisiones regladas jurídicamente. El problema de la ejecución emana del hecho de que el conocimiento de la corrección o legitimidad de una norma es algo diferente de su acatamiento u observancia por todos, lo que hace necesaria la existencia de reglas jurídicas revestidas de coactividad. El problema de organización resulta del hecho de que diversas y numerosas exigencias morales y fines valiosos sólo pueden alcanzarse mediante una organización que presupone el derecho; lo contrario lleva a la anarquía, y en ésta no pueden garantizarse los derechos humanos.

##### b. *La fundamentación de los derechos en su contenido y estructura*

Con relación a la fundamentación del contenido de los derechos fundamentales, Alexis utiliza una perspectiva teórico-discursiva, que es la fundamentación de un sistema de derecho con un determinado contenido y estructura.

Alexis centra su fundamentación de los derechos humanos sobre la base de la teoría del discurso, que lleva a la necesidad discursiva en sentido estricto. De acuerdo con las premisas adicionales que se escojan, diferencia tres clases de fundamentos teórico-discursivos directos de los derechos humanos: el argumento de autonomía, el de consenso y el de la democracia, los cuales se complementan y refuerzan recíprocamente.

##### E. *El argumento de la autonomía*

El principio de autonomía es el supuesto necesario de todos en cada discurso moral, no siendo posible impugnar en el discurso la autonomía

moral y jurídica de los demás, lo que requiere además la participación seria en tal discurso moral, lo que requiere la voluntad de resolver conflictos sociales a través de consensos elaborados y controlados, lo que significa poder volver a rediscutir tal consenso, aceptando el derecho de los interlocutores a orientar su conducta de acuerdo a principios reflexivamente juzgados correctos y v lidos.

Así se transmite la libertad e igualdad en el discurso a la espera de la acción.

De esta manera, para lograr un sistema de derecho es necesario fundamentar la necesidad de reglar la convivencia a través del derecho y fundamentar el principio de autonomía, si ello es necesario, al principio de autonomía corresponde directamente un derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos y fundamentales más generales, que puede ser denominado también “derecho de libertad general”, de acuerdo con el cual, “cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno, y obrar en consecuencia”.

Este derecho de autonomía puede ser limitado a causa de la autonomía de los demás, como asimismo en beneficio de bienes colectivos o comunes.

El derecho de autonomía así planteado fundamenta todo el catálogo concreto de derechos de libertad.

Por otra parte, es necesario considerar que determinados derechos son medios para poder actuar con autonomía, lo que permite fundamentar los derechos a la protección por el Estado y los derechos sociales fundamentales, entre ellos el derecho a un “mínimo existencial”.

Dichas operaciones llevan a derechos que posibilitan y protegen el ejercicio de la autonomía tanto pública como privada.

#### F. *El argumento del consenso*

El argumento del consenso constituye un elemento que Alexis toma de la fundamentación de J. Habermas, donde la legitimación del derecho se vincula a la aceptación universal, vale decir, que son normas de acción v lidas y legítimas “las que todos los posibles afectados como participantes en discursos racionales pueden aceptar”. Para Habermas, de la interrelación de este principio con la forma de derecho deben resultar el principio de la democracia y un sistema de derechos. En esta perspectiva, los derechos fundamentales tienen que generarse en el proceso político a través del ejercicio público de la autonomía.

Los derechos fundamentales se concretizan así a través de un proceso democrático discursivamente construido.

Sin embargo, para Habermas también la necesidad de concretar los derechos fundamentales requiere un sistema abstracto de derechos, conformado por cinco grupos de derechos fundamentales, que protejan la posibilidad de la autonomía privada y pública. Los tres primeros grupos de derechos protegen la autonomía privada, el cuarto grupo protege la autonomía política y el quinto grupo de derechos asegura los presupuestos sociales, técnicos y ecológicos de la autonomía privada y pública.

El argumento del consenso completa el argumento de la autonomía, introduciendo la imparcialidad y la igualdad. “La autonomía se complementa a través de la universalidad en forma de igualdad e imparcialidad”.

Habermas sostiene en la materia de forma similar a Alexis, que no hay ningún derecho legítimo, sin el “derecho a iguales libertades de acción subjetiva”, como asimismo el postulado de “iguales derechos fundamentales políticos” y la exigencia de igualdad de oportunidades de la utilidad de la autonomía privada y pública, entre días, a través de asegurar derechos fundamentales sociales.

La conexión del argumento del consenso con el de la autonomía lleva al resultado de que únicamente una distribución igual de los derechos humanos es un posible fruto de un discurso ideal.

### *G. El argumento de la democracia*

El argumento democrático está constituido por tres premisas.

La primera establece que el principio del discurso puede realizarse a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por dicho medio.

La segunda premisa plantea que una democracia en la que las exigencias de la racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente, sólo es posible si los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos rigen y pueden ejercitarse con suficiente igualdad de oportunidades.

La tercera y última premisa señala que el ejercicio de los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos con suficiente igualdad de oportunidades, presuponen el cumplimiento de algunos derechos funda-

mentales y derechos humanos no políticos, entre ellos, el derecho a la vida, el derecho a un mínimo existencial y una cierta enseñanza.

De esta forma, quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en la democracia, como asimismo, en los derechos humanos y derechos fundamentales.

La teoría del discurso posibilita la fundamentación de los derechos humanos y fundamentales y del Estado constitucional democrático.

Esta fundamentación sostiene que el origen y fundamento de los derechos humanos siempre es previo al derecho positivo, es “un fundamento ético, axiológico, valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana”.<sup>70</sup>

“Los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho”.<sup>71</sup>

El distinguido constitucionalista y filósofo del derecho, prematuramente fallecido, Carlos Santiago Nino, sostenía que:

los “derechos individuales” son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados).<sup>72</sup>

Antonio Truyol y Serra escribe “Decir que hay derechos humanos... equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.<sup>73</sup>

70 Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 107.

71 *Ibidem*, op. cit., p. 107.

72 Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 417.

73 Truyol y Serra, Antonio, “Estudio preliminar”, a “los derechos humanos”,

A su vez, Castán Tobeñas define los derechos del hombre como:

aquellos derechos fundamentales de la persona humana —consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario— que corresponden a éste en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común.<sup>74</sup>

Finalmente, tales derechos humanos existen y los posee la persona, independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo.

#### H. *Consideraciones finales*

Caracterización sintética de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos.

Para la concepción iusnaturalista, el origen de los derechos humanos no es el derecho positivo, sino el orden jurídico natural. Dicho orden natural, como los derechos que se deducen del mismo, constituyen expresión y participación de una naturaleza humana que es común y universal a todas las personas.

Fernández Galiano señala que los derechos naturales son “aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.<sup>75</sup>

Para conceptuar la diversidad de posiciones sobre el derecho natural diversos autores las agrupan como objetivismo jurídico. Así, Pérez Luño señala que la fundamentación objetivista de los derechos humanos reúne el “conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas o principios que poseen validez objetivista, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos o de su conducta valorativa”.<sup>76</sup>

Bidart Campos, introduciendo algunos matices a la concepción de Pérez Luño, señala que el objetivismo podría conceptuarse como “una explicación racional de que en el derecho positivo debe haber derechos hu-

*Declaraciones y convenciones internacionales*, p. 11.

74 Castán, Tobeñas, José, *Los derechos del hombre*, pp. 13 y 14.

75 Fernández Galiano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, p. 134.

76 Pérez Luño, *op. cit.*, p. 137.

manos porque el que los haya viene exigido por una instancia externa y superior al puro arbitrio o a la pura voluntad de los hombres”,<sup>77</sup> vale decir, una instancia que está fuera y por encima del derecho positivo, que le viene dada a la positividad y a la cual debe dar adecuada y satisfactoria recepción. Se trata de principios, valores o representaciones que con indisponibles para el derecho positivo, y al cual este último debe adoptarse u ordenarse.

Esta denominación de fundamentación objetivista de los derechos permite superar el concepto y la concepción de derecho natural o iusnaturalismo en su concepción clásica.

En todo caso, consideramos, como sostiene Renard, que el derecho natural es la justicia asociada a las contingencias de cada realidad histórica. El derecho natural constituye la respuesta de la justicia a las exigencias del medio histórico, siendo a la vez constante y móvil; constante en su principio, se diversifica en su desarrollo.<sup>78</sup>

Como dice Bidart Campos, la develación del derecho natural (o del valor justicia) es cuestión de conocimiento humano y su realización es obra de la cultura humana. Ni el derecho natural ni la justicia son autoejecutivos; ninguno se realiza por sí mismo, sino mediante el hacer y el obrar del hombre. Allí radica “el deber ser” (ideal, en la teoría de los valores) o el “ser” del derecho natural (o valor justicia), que por ser un deber ser ideal, es un ser valente y exigente, que vale por sí (y subsiste) y que exige su encarnadura positiva.<sup>79</sup>

## I. *Las críticas al iusnaturalismo u objetivismo jurídico*

### a. La crítica de Bobbio

Bobbio es uno de los filósofos jurídicos que ha desarrollado la crítica de las concepciones iusnaturalistas en su monografía “Argumentos contra el derecho natural”. En este texto, el autor sostiene que:

Por derecho, los juristas entienden un conjunto de normas de la conducta humana caracterizadas de que se los hace valer por la fuerza. De aquí se

<sup>77</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, op. cit., p. 125.

<sup>78</sup> Renard, Georges, *L’Institution*, p. 58, cit. por Bidart Campos, Germán, op. cit., nota 98, p. 98.

<sup>79</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, op. cit., p. 99.

sigue que la obligación jurídica significa el deber de obrar en conformidad a una norma que prevé una consecuencia daina en caso de violación; el derecho subjetivo significa el poder de forzar directa o indirectamente a aquel que está obligado; y se dice que un orden jurídico existe de hecho cuando un conjunto de normas está establecido por un poder que tiene fuerza suficiente para lograr el respeto (principio de eficacia)... sólo las normas jurídicas de conducta... atribuye facultades, poderes y deberes garantizados por un poder de coactividad organizado. Ahora bien, lo que le falta a la ley natural es precisamente lo que constituye el elemento característico del derecho; es decir, la eficacia. El derecho natural es un derecho desarmado. Nadie niega que pueda expresar una exigencia, una proposición al derecho futuro; pero mientras no haya encontrado la fuerza para hacerse valer, no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es derecho en un sentido equívoco o incluso incorrecto. Todo el mundo sabe que, en la fase actual del desarrollo del derecho internacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no es una declaración de derechos, sino más bien la expresión de piadosos deseos.<sup>80</sup>

Una segunda crítica a las concepciones iusnaturalista se basa en lo que se considera imprecisión y falta de seguridad acerca de lo que se entiende por “naturaleza” del hombre, existiendo una gran diversidad de pareceres sobre la materia según la doctrina considerada. El derecho natural es aquel en que encontramos el máximo de inseguridad e incerteza.<sup>81</sup>

#### b. La crítica de Raz, a las concepciones iusnaturalistas ontológicas, deontológicas y racionalistas

Para Raz hay dos grandes falacias de la filosofía del derecho.

Una de ellas es la creencia falaz de que las disposiciones jurídicas son necesariamente razones morales (o que están moralmente justificadas o que hay siempre razones morales para obedecer a cada una de ellas). Y la otra es la igualmente moral fundada creencia de que un sistema jurídico puede existir solo sí la mayoría de la comunidad-sujeto cree en la validez moral.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Bobbio, Norberto, “Arguments contre le droit naturel”, *Le droit naturel, anaes de philosophie politique III*, París, 1959, pp. 176 y ss.

<sup>81</sup> Véase Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 181.

<sup>82</sup> Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, E. C., 1991, p. 180.

La característica especial de las determinaciones aplicativas de los órganos primarios es que no solo excluyen todas las razones provenientes de fuera del sistema, sino que excluyen también las reglas del propio sistema que están en conflicto con ellas nada menos que eso está implicando al decir que las determinaciones aplicativas autoritativas son vinculantes aunque estén equivocadas.<sup>83</sup>

El derecho proporciona el marco normativo general dentro del cual tiene lugar la actividad social organizada.<sup>84</sup>

### J. *La fundamentación historicista de los derechos humanos*

En esta concepción los derechos humanos manifiestan un carácter variable y relativo a cada contexto histórico que las personas tienen de acuerdo con el desarrollo de una determinada sociedad.

Ello genera dos consecuencias claramente distinguibles:

- a) Los derechos son históricos, variables y relativos, y
- b) Los derechos tienen un origen social, son el resultado de la evolución y desarrollo de la sociedad.

El fundamento de los derechos humanos, de acuerdo con esta concepción no se encuentra en la “naturaleza humana”, sino en las necesidades sociales y las posibilidades de darles satisfacción en la sociedad.

Como señala Peris:

la temática específica de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como el fin en sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar del “hombre”, sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>85</sup> Peris, Manuel Juez y Valencia, Fernando Rovies, *Estado y derechos humanos*, 1976, pp. 135, 137 y ss.

No existe más fundamento de los derechos que la praxis histórico-social, lo que otorga un fundamento de carácter relativo y circunstancial.

En todo caso, al referirse a necesidades humanas, implica considerar la naturaleza humana que las genera; y, por tanto, el fundamento de las necesidades tendría que ser incluido en el conjunto que remita a aquella su naturaleza.

### K. *La fundamentación positivista*

El positivismo ofrece una gama de alternativas, todas las cuales tienen en común el rechazo a la existencia de algún principio suprapositivo de derecho. Positivista es toda filosofía que considera justo lo que está de acuerdo con la norma establecida positivamente.

El positivismo sostiene que los derechos fundamentales son los que deciden la voluntad del poder, aquellos que sea cual fuere su contenido se designan como derechos fundamentales.<sup>86</sup> El positivismo centra su fundamento exclusivo en el Estado o en el derecho estatal, o en la voluntad del poder estatal (voluntad de los gobernantes).

Aquí no hay fundamento en la naturaleza humana, no hay valores, no hay ética, no hay ideal de derecho, como seala Bidart Campos.

Para Gerber<sup>87</sup> o Jellinek,<sup>88</sup> los derechos subjetivos públicos no representan más que una autolimitación siempre revocable por el propio Estado. Son “derecho del Estado”, “para el Estado” o “en interés del Estado”.

Jellinek consideraba que los derechos públicos de los ciudadanos eran funcionales al poder estatal y al interés general: “Los intereses individuales se distinguen en intereses constituidos prevalentemente por fines individuales y en intereses constituidos prevalentemente por fines generales. El interés individual reconocido prevalentemente en el interés general constituye el contenido del derecho público”, agregando que “cualquier derecho público existe en el interés general, el cual es idéntico al derecho del Estado”.<sup>89</sup>

Para Kelsen este concepto del derecho subjetivo no es más que “un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar, como concepto auxiliar, la exposición de una

86 Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, op. cit., p. 22.

87 Gerber, K. F., *Über Öffentliche Rechte*, 1852.

88 Jellinek, Georg, *Das system der subjektiven Öffentlichen Rechte*, 1892.

89 *Ibidem*, pp. 58 y 78, en Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 70.

situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica, es superfluo.<sup>90</sup>

Kelsen sostiene una posición relativista extrema en materia del fundamento de los derechos, al considerar los valores como subjetivos y relativos, lo que explícita en el ámbito de la justicia, señalando:

...Verdaderamente no sé, ni puedo afirmar, que es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar que es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mi, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia.<sup>91</sup>

A su vez, Alf Ross niega la posibilidad de un conocimiento de los valores de libertad y de derechos humanos, sosteniendo al respecto “Me abstendré de todo intento de hacer creer a mis lectores que es posible determinar científicamente que sea el bien absoluto, acreedor en cuanto tal de nuestro amor y fidelidad. Si una persona repudia la democracia, la libertad o la paz, soy incapaz de probarle lógicamente que incurra en un error y que estoy en lo cierto”.<sup>92</sup>

El mismo autor en materia de justicia señala, “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Ésta no es la manera adecuada de obtener comprensión mutua”.<sup>93</sup>

La concepción positivista se distingue esencialmente porque concibe el derecho como una forma de organización social basada en normas jurídicas positivadas.

Las perspectivas positivistas sostienen que el derecho es tal si se encuentra en una norma positiva vigente con justificación propia separada de justificaciones morales o valóricas.

90 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 141.

91 *Ibidem*, *Qué es la justicia?*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 63.

92 Ross, Alf, *Why Democracy*, Cambridge, Harvard University press, 1952, edición española, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 88 y 89.

93 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed., Argentina, Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 27.

El profesor Squella sostiene que existen dos tipos de positivismo jurídicos, uno de carácter ideológico y una versión menos extrema. Para el positivismo jurídico de carácter ideológico,

para aludir al positivismo jurídico en cuanto teoría de la justicia. En este sentido, el positivismo jurídico está caracterizado, en su versión más extrema, por una confusión entre derecho positivo y justicia, o sea por la afirmación de que todo derecho positivo, por el hecho de ser tal, es justo, no existiendo, por lo mismo, ningún otro criterio de valor posible para estimar el derecho positivo que no sea el que fluye o resulta del mismo derecho positivo. En una versión menos extrema, y por lo mismo más frecuente, el positivismo jurídico como ideología, se caracteriza por la afirmación de que todo derecho positivo, o sea, todo sistema de legalidad vigente en una comunidad jurídica determinada, asegura, por sí mismo, ciertos valores jurídicos de carácter general, tales como el orden, la paz y la seguridad jurídicas.<sup>94</sup>

En el caso del positivismo, si pudiera hablarse de derechos fundamentales o derechos humanos, ellos serían los que cada ordenamiento jurídico positivo asigna voluntaria y discrecionalmente a las personas.

Como seala Peces-Barba, estas posiciones se sitúan en el no cognoscitivism ético o del reduccionismo positivista que niegue una fundamentación a los derechos humanos, centrando su análisis sólo en sus dimensiones prácticas tal como están formalmente establecidos en el derecho positivo, no valorándose las dimensiones éticas previas que permiten fundamentar la idea y el concepto de derechos humanos.<sup>95</sup>

La concepción de los diferentes positivismos rechaza la afirmación jusnaturalista de que el derecho es esencialmente moral, y que los enunciados jurídicos son enunciados con contenidos de valores y de contenidos éticos o morales que justifiquen la regla de derecho positivo.

### *L. El normativismo realista y crítico de Luigi Ferrajoli*

Luigi Ferrajoli asume una posición en materia de fundamentación del concepto de derechos humanos que se alimenta del positivismo jurídico

<sup>94</sup> Squella, Agustín, "El positivismo jurídico y el problema de los valores en el derecho", *Filosofía del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1980, p. 56.

<sup>95</sup> Véase Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, *op. cit.*, p. 55.

de ascendencia kelseniana y una orientación analítica de raíz inmediata en la concepción de Bobbio.

Luigi Ferrajoli señala una definición teórica puramente formal de derechos fundamentales, sosteniendo que son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o capaces de obrar”.<sup>96</sup>

El mismo autor precisa que entiende por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por una norma jurídica,<sup>97</sup> y por estatus, la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>98</sup>

Este concepto es teórico y no dogmático, ya que no se encuentra formulado respecto a las normas de un ordenamiento jurídico concreto, como asimismo, del nivel jerárquico que pueda tener la norma en el ordenamiento jurídico.

Dicho concepto Ferrajoli lo considera ventajoso respecto de otros, por ser válido para cualquier ordenamiento, es independiente de los valores y bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales y es ideológicamente neutral, pudiendo ser utilizado por quienes participan de una concepción iusnaturalista o positivista, liberal, socialcristiana o socialista, democrática o autocrática.<sup>99</sup>

El carácter formal del concepto de Ferrajoli, en todo caso, es suficiente para identificar la base de igualdad jurídica que identifica a los derechos fundamentales; de allí que todas las personas son titulares de estos derechos, constituyendo un rasgo estructural de ellos, que comporta también el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que consisten. Al ser tales derechos inalienables e innegociables, constituyen prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares, como asimismo, vínculos y límites insalvables para todas las potestades o poderes públicos o privados.

A través de la historia, la extensión de la igualdad o el grado de democracia del ordenamiento depende de la reducción o supresión de

<sup>96</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

<sup>97</sup> *Idem.*

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 38.

las diferencias de status que afectan a los seres humanos, vale decir, el solo ser persona, el ser ciudadano o el estar dotado de la capacidad de obrar. Tales criterios han constituido y constituyen aún actualmente los parámetros de la igualdad como de la desigualdad en derechos fundamentales. En efecto, la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado como las únicas diferencias de status que limitan la igualdad de las personas humanas.<sup>100</sup>

En la antigüedad, las desigualdades se basaban en la negación de la identidad de persona (los esclavos eran considerados cosas, los indígenas en las primeras colonizaciones europeas), secundariamente mediante la negociación de la capacidad de obrar o de la ciudadanía (las diferencias de sexo; los sirvientes; los carentes de fortuna que no contribuirían al censo; los que carecían de determinados niveles de educación formal). Incluso durante el siglo XIX las personas de sexo masculino, blancos, adultos, con educación formal, propietarios y ciudadanos eran los que gozaban de los derechos en forma óptima. Luego ha ido desapareciendo la diferenciación de la capacidad de obrar, la que se mantiene sólo respecto de los menores y de los deficientes o enfermos mentales.

La diferencia de estatus más relevante que aún se mantiene, pero que tendencialmente debería irse reduciendo progresivamente, es el estatus de nacional o ciudadano, que consagra derechos de los que no pueden gozar quienes no tienen tal estatus.

### M. *La fundamentación trialista de los derechos humanos*

#### a. El trialismo jurídico de Reale y Golsdschmidt

En la teoría del trialismo jurídico hay dos versiones en torno a la función de los juristas y los alcances de su formación. Una de ellas es sostenida por el iusfilósofo brasileño Miguel Reale, para el cual no hay por qué hacer abstracción del mundo filosófico para limitar la reflexión del jurista exclusivamente a la ciencia del derecho. Por otra parte, para Werner Golschmidt, es necesario distinguir entre la filosofía mayor, a la luz de la cual la apreciación filosófica del derecho hace parte de una concepción integral, como la sostienen Aristóteles y Santo Tomás, y la “jurística”, o filosofía menor (término inspirado en la obra de Henri Lévy-

100 Véase *ibidem*, pp. 39 y 40.

Bruhl, Aspectos sociológicos del derecho), en función de la cual la reflexión del jurista debe limitarse exclusivamente a la ciencia del derecho.<sup>101</sup>

Miguel Reale es una de las grandes figuras latinoamericanas de la teoría tridimensional del derecho.

Para Reale, en el derecho deben distinguirse los hechos, las normas y los valores. En efecto, la realidad social, el hecho social es la convivencia social humana, la que debe ser regulada por normas jurídicas, para ser válida y racional, las que deben inspirarse en el bien común, el que comprende la libertad, la justicia y el orden.

Así señala, por ejemplo, Miguel Reale:

...partiendo de la observación b sica de que toda norma jurídica mira un valor, se reconoce que la pluralidad de valores es consustancial a la experiencia política. Utilidad, tranquilidad, salud, confort, intimidad e infinitos otros valores fundamentan las normas jurídicas. Estas normas, a su vez, presuponen otros valores, como el de la libertad, sin el cual no habría posibilidad de optar entre los valores y no efectuar una valoración en concreto.

Miguel Reale desarrolla una concepción sobre la estructura tridimensional del derecho. Define el derecho como “una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva”.<sup>102</sup>

Reale sostiene que:

En las últimas cuatro décadas el problema de la trimensionalidad del derecho ha sido objeto de estudios hasta culminar en una teoría a la que se ha dado nueva conformación, sobre todo por la demostración de que:

a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico necesariamente hay un hecho subyacente (hecho, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etcétera); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.

<sup>101</sup> Véase Plazas Vega, Mauricio, *Del realismo al trialismo jurídico*, Bogotá, Temis, 1998.

<sup>102</sup> Real, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1993, p. 69. El profesor Reale expone su concepción tridimensional en sus obras *Filosofía del derecho y Teoría tridimensional del derecho*.

b) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

c) Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.<sup>103</sup>

De acuerdo con la teoría de Reale:

Donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (económico y geográfico, demográfico, etcétera), un valor que confiere determinada situación a ese hecho y finalmente una regla o norma que representa a la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro. Tales elementos no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta. Así la vida del desarrollo resulta de una interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.<sup>104</sup>

Al criticar Reale el formalismo jurídico tan arraigado en América Latina señala:

Para un adepto del formalismo jurídico, la norma jurídica se reduce a una “proposición lógica”, mientras que para nosotros, como para los que alinean en una comprensión concreta del derecho, la norma jurídica, no obstante esa estructura lógica, señala el “momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores” y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera.

Goldschmidt, dentro de la teoría trialista del derecho, ha sostenido que:

Nuestras facultades no han de educar a ingenieros sociales y mucho menos a ajedrecistas de normas; deben formar a juristas. Hemos de transformar facultades de derecho en facultades jurídicas (sociológica, normológica y dikelógica); entonces nuestros estudiantes se convertirán en buscadores de títulos habilitantes y de oro, en personas que reparten a sabiendas con jus-

<sup>103</sup> Raelé, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1993, p. 73. El pensador brasileño expone su concepción tridimensional en sus obras *Filosofía del derecho* y *Teoría tridimensional del derecho*.

<sup>104</sup> Reale, Miguel, *Introducción al derecho*, *op. cit.*, p. 69.

ticia y que por esta razón estudian con la misma vocación y dedicación que sus compañeros en las facultades de ciencias naturales.<sup>105</sup>

Entre otros destacados juristas que han sido exponentes de la teoría trialista del derecho o han contribuido a su consolidación, pueden señalarse Radbruch, Welzel, Nawiasky, Recaséns Siches, Legaz y Lacambra, García Máynez, Bidart Campos y Peces-Barba.<sup>106</sup>

#### b. El fundamento realista trialista de Recaséns Siches

Luis Recaséns Siches, distinguido iusfilósofo mexicano, sustenta una posición también con un enfoque tridimensional. Concibe el derecho como “vida humana objetivada”. Nos dice:

Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultar claro que para comprenderla cabalmente, debemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana.<sup>107</sup>

Hace un extenso análisis de los derechos humanos tanto individuales como económicos y sociales, y seala: “La presentación que voy a ofrecer de los derechos del hombre no constituye, no puede constituir, axiología pura, sino que, por el contrario, representa axiología aplicada, aplicada a la realidad contemporánea de la cultura occidental”.<sup>108</sup> Para Recaséns, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre revela un renacimiento muy vigoroso en el mundo de las tesis de que hay principios ideales, por encima del derecho positivo y a los que éste debe plegarse, que son

<sup>105</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho, la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, prólogo a la 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. XV.

<sup>106</sup> Una enumeración detallada y distribuida por países y escuelas, de los autores trialistas o que han contribuido con sus ideas a la concepción tridimensional del derecho, puede verse en el trabajo de Julio O. Chiappini, intitulado “Trialismo”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, apéndice, vol. IV, 1979, pp. 571-575.

<sup>107</sup> Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 108.

<sup>108</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 558.

la base de lo que se llama derechos fundamentales del hombre. Es decir, que a la luz de la estimativa jurídica se debe proclamar la exigencia de que tales derechos ideales sean convertidos en derechos subjetivos dentro del orden jurídico positivo. En relación con la libertad señala: "...en general, casi todos los pensadores en materia de filosofía del derecho y de la política consideran también como un derechos absoluto concedido por los supremos principios de la axiología jurídica".<sup>109</sup>

### c. El trialismo de Germán Bidart Campos

Bidart Campos sostiene que los derechos de la persona humana cuentan con un fundamento ético asumiendo la concepción trialista en la perspectiva de la escuela de Goldschmidt, en la cual "el valor justicia que, en su deber ser ideal, exige el orden de conductas (dimensión sociológica del mundo jurídico) y el orden de normas (orden normológico) dar recepción (positividad) a los criterios de valor con signos positivos".<sup>110</sup>

En su concepción del realismo jurídico, asumiendo la teoría trialista, Bidart Campos entrega un enfoque sobre la concepción del Estado y del derecho, sosteniendo que:

el derecho positivo no es solamente un sistema de normas, sino un conjunto de conductas en dimensión sociológica (realismo jurídico al estilo de trialismo y de la egología); existe desde que existe el hombre conviviente con su prójimo, desde que existe el hombre conviviente existe también la organización política de su convivencia, y le llamamos "estado"; el Estado tiene necesaria y constitutivamente una organización jurídica, justa o injusta, que se llama derecho, y por eso el derecho positivo es cronológicamente simultáneo con el Estado, esta cronología no implica rechazar, sino que admite asumir, la existencia de un orden natural que coincide con los valores jurídicos objetivos y trascendentes, que valen por sí mismos, y que exigen al derecho positivo ajustarse a ellos, pero sin privar de juridicidad al derecho positivo que no se ajusta (porque aseverar que el derecho injusto no es derecho equivale a admitir que en un estado donde el derecho positivo es injusto falta la organización jurídica, lo cual es pugnar con la realidad empírica más evidente), los valores son valores para el hombre, y

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 563.

<sup>110</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 81.

ninguna conducta humana es ontológicamente neutra al valor (aunque sea disvaliosa).

Finalmente, como el derecho en cuanto fenómeno social es derecho positivo, en el Estado siempre hay derecho (justo o injusto), pero también hay derecho (juridicidad) en todas las conductas que, por cumplirse en relación con grupos o entidades no estatales, podemos decir que no son “derecho estatal”; como tampoco el derecho es un conjunto de normas, el derecho no es un conjunto de normas emanadas del Estado. Como no hay Estado sin derecho (ni sociedad sin derecho), y como el Estado es organización política de la convivencia social, la política, y el derecho que organiza al Estado (derecho constitucional en sentido material o real) son la misma cosa y coinciden. Organización política “es igual a” organización jurídica (constitucional), por lo que el Estado es a la vez y siempre organización política-jurídica la convivencia social.

Bidart Campos sintetiza su posición en los siguientes términos:

...para nuestro punto de vista los supuestos derechos morales están sumergidos en la juridicidad, aun cuando precisan positivarse en el mundo jurídico (derecho positivo o vigente) y son exigencias del deber ser ideal del valor (valente y exigente) que subsisten incólumes a pesar de la eventual falta de recepción en aquel mundo. La positividad es necesaria —es exigible por virtud del valor— pero su ausencia no priva de juridicidad al deber ser ideal de ese mismo valor justicia. Precisamente, la juridicidad de lo que se llama derecho positivo proviene de su sentido direccional hacia la justicia (aunque acaso el derecho positivo sea injusto). Y esto parece ser el punto de vista de García Máynez cuando enseña que no puede llamarse derecho a un orden no orientado hacia valores. En el trialismo, la dimensión (o el orden) del valor se integra a la triplicidad homogénea del mundo jurídico, con lo que en mucho se supera este problema —tal vez más lexical que real— de los derechos morales... En suma, la eticidad de los derechos morales no pugna, a nuestro juicio, con la juridicidad del valor justicia y de los demás valores del plexo axiológico, ni con los criterios valiosos que dimanen del deber ser ideal de dicho plexo y se dirigen como exigencias para tomar encarnadura en la dimensión sociológica y normativa del mundo jurídico.<sup>111</sup>

Bidart Campos nos indica que la normatividad escrita que no está seguida de vigencia sociológica puede servir más de burla que de utilidad

111 *Ibidem*, pp. 81 y 82.

a los derechos. Ello no significa que su formulación en normas sea secundaria siempre y cuando las normas sobre derechos cuenten con un rango eminente en el sistema normativo, ya que ello permite invocarlos y lograr su aplicación sociológica que les permita obtener aplicación sociológica o reparación si han sido vulnerados, especialmente a través de la vía jurisdiccional.

La vía de declarar derechos solamente permite desarrollar una función de educación y toma de conciencia de ellos, lo que luego también contribuye a su práctica sociológica.

En todo caso, es necesario precisar que: “La recepción efectiva se produce sólo cuando con o sin normas de aquella índole, la dimensión sociológica del mundo jurídico refleja la incorporación a la positividad”.<sup>112</sup>

#### d. El trialismo en Gregorio Peces-Barba.

Peces-Barba originalmente sostiene una teoría dualista sobre los derechos fundamentales,<sup>113</sup> en la cual confluyen una filosofía de los derechos fundamentales, que coincide en lo fundamental con la teoría de la justicia y la vocación de positivación de los derechos fundamentales y la función del poder en esa mediación.

Así, Peces-Barba sostiene que “los derechos fundamentales son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad, para nosotros auténtico postulado previo, valor fundamental de la legitimidad justa, y la realización de esas aspiraciones por medio del derecho”.<sup>114</sup> Concluyendo que: “la justicia material que aquí programamos coincide con la organización jurídica de la libertad civil y política económica social y cultural desde componentes igualitarios, en un sistema donde el hombre y su desarrollo integral fueran las preocupaciones de la mayoría (justicia formal o democrática)”.<sup>115</sup>

El paso de los derechos humanos como valores a los derechos humanos como derechos positivos, se produce cuando se cumplen los siguientes requisitos, según Gregorio Peces-Barba:

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>113</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Debate, 1984, pp. 329 y 330.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 330.

1. Que una norma jurídica positiva la reconozca.
2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental.
3. Que las infracciones de dichas normas y, por lo tanto, el desconocimiento de los derechos subjetivos que deriven de ellas, legitime a los tribunales ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y protección del derecho subjetivo, utilizando si fuese necesario para ello, el aparato coactivo del Estado.<sup>116</sup>

Gregorio Peces-Barba, en *Derechos fundamentales*, señala que derecho fundamental es la:

Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.

Esta concepción la reformula Peces-Barba en su obra *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia; es decir, al análisis de la realidad, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en derecho de los derechos humanos. La justicia y la validez necesitan de la eficacia.<sup>117</sup>

Peces-Barba considera en este perfeccionamiento de su concepción principalmente el tema de la escasez, el cual afecta la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable; es decir, como convertible en ley general.<sup>118</sup> La referencia que hace Peces-Barba a la escasez se refiere a aquellos bienes cuyo reparto nunca alcanza a todos, la que impide la existencia de un derecho fundamental.

Así, el concepto de derechos fundamentales de Peces-Barba implica tres elementos básicos:

116 Peces-Barba. G., *Derechos fundamentales*, p. 63.

117 *Ibidem*, p. 108.

118 *Idem*.

- a) Una pretensión moral justificada, que facilita la autonomía e independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad con los matices de solidaridad y seguridad jurídica, con aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.<sup>119</sup>
- b) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que implica que la pretensión moral es técnicamente convertida en norma jurídica, que obliga a los destinatarios respectivos a las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea objeto de garantía y protección judicial, pudiendo ser atribuido como derecho subjetivo, libertad potestad o inmunidad a unos titulares concretos.<sup>120</sup>
- c) Los derechos sociales son una realidad social que están condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico y cultural, que favorecen, dificultan o impiden su efectividad. En esta perspectiva, el analfabetismo condiciona la libertad de prensa, los progresos tecnológicos condicionan la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la escasez de bienes condiciona o incluso impide la pretensión moral a la propiedad por el imposible contenido igualitario, entre otros.<sup>121</sup>

Peces-Barba concluye su reflexión sobre la materia, sealando que este modelo integral de los derechos humanos supone una reflexión sobre la realidad social

para que los ideales morales y las normas jurídicas de los derechos fundamentales puedan ser eficaces, puedan arraigar en la realidad. Moralidad o justicia, normatividad, término que me parece más comprensivo que el de legalidad, y de eficacia son tres estratos imprescindibles, inseparables e inexplicables sin una comunicación entre ellos, para evitar reduccionismos y abarcar en toda su complejidad el fenómeno de los derechos fundamentales.<sup>122</sup>

119 *Ibidem*, p. 109.

120 *Ibidem*, pp. 109-110.

121 *Ibidem*, p. 112.

122 *Ibidem*, p. 58.

Finalmente, Peces-Barba ofrece una definición que busca abarcar los diferentes matices del concepto de derechos fundamentales, entregando un concepto desde un punto de vista objetivo y otro desde un punto de vista subjetivo.

Desde el punto de vista objetivo, los derechos fundamentales son:

el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un sub-sistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima el Estado social y democrático de derecho.<sup>123</sup>

Desde el punto de vista subjetivo los define:

como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.<sup>124</sup>

123 *Ibidem*, p. 469.

124 *Idem*.

|  |    |
|--|----|
| Consideraciones sobre la denominación de los derechos como “derechos subjetivos públicos”, “libertades públicas”, “derechos humanos”, “derechos constitucionales” o “derechos fundamentales” . . . . . | 55 |
| I.    Los derechos públicos subjetivos . . . . .   | 55 |
| II.   Las libertades públicas . . . . .  | 57 |
| III.  Los derechos humanos . . . . .   | 58 |
| IV.  Los derechos fundamentales o derechos constitucionales  | 58 |

## CONSIDERACIONES SOBRE LA DENOMINACIÓN DE LOS DERECHOS COMO “DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS”, “LIBERTADES PÚBLICAS”, “DERECHOS HUMANOS”, “DERECHOS CONSTITUCIONALES” O “DERECHOS FUNDAMENTALES”

Es necesario precisar aquí las diferencias semánticas existentes entre los términos “derechos subjetivos públicos”, “libertades públicas”, “derechos fundamentales” o “constitucionales” y “derechos humanos”.

### I. LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

La doctrina de los derechos subjetivos públicos tiene su origen en Europa, especialmente en Alemania, siendo uno de sus principales exponentes Jellinek, para quien el derecho subjetivo “es la potestad que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se dirige a un bien o a un interés”. De esta manera, al reconocer el Estado la voluntad individual como determinante, la transforma en derecho público subjetivo. Así surge la capacidad de exigir el reconocimiento y la acción del Estado por parte de los individuos. Esta capacidad jurídica reconocida por el Estado forma la potestad jurídica que tiene la capacidad de poner en movimiento al Estado a través del orden jurídico para concretar sus intereses individuales.

Jellinek define los derechos públicos subjetivos en una doble dimensión. Desde una perspectiva formal, tales derechos constituyen pretensiones jurídicas que derivan de las cualificaciones concretas de la personalidad; desde una perspectiva material, los derechos subjetivos públicos son aquellos que pertenecen al individuo en su calidad de miembros del Estado. De esta forma, la fuente de los derechos subjetivos públicos es el Estado, y el instrumento a través del cual se crean es el derecho objetivo.

El derecho público subjetivo consiste “...en la capacidad de poner en movimiento normas jurídicas en interés individual”.<sup>125</sup> Tiene como contenido una potestad jurídica y supone una relación entre el individuo y el Estado. Los derechos públicos subjetivos reducen su campo de acción únicamente a las relaciones entre el individuo y el Estado, impiden la explicación de la validez de los derechos entre particulares, ya que siempre el Estado es parte en este tipo de derechos públicos subjetivos.

Así, el reconocimiento por parte del Estado de los derechos públicos subjetivos sólo es posible, en la concepción de Jellinek, de acuerdo con la teoría de la autolimitación del Estado, el cual no sólo reconoce las facultades de las personas, sino que, además, se autoimpone el deber de actuar garantizando los derechos individuales, concepción que es asumida por las Constituciones de la primera posguerra mundial en Europa y América Latina, concepción que pierde adhesión con el apoderamiento nacional-socialista del Estado alemán bajo la Constitución de Weimar de 1919 y el desarrollo del poder ilimitado del Estado, ante el cual de nada sirve la teoría de los derechos públicos subjetivos, ya que como el Estado se autolimita por su propia voluntad, él mismo puede eliminar tales autolimitaciones.

Tal concepción de los derechos públicos subjetivos presenta, como ya dijimos, la limitación de que los derechos no podrían ser exigibles entre particulares, no teniendo por tanto efectos vinculantes erga omnes, concepción superada en el contexto contemporáneo, y, en especial, por el derecho constitucional latinoamericano, que reconoce a los derechos fundamentales o esenciales efectos *erga omnes*. A su vez, desde una estricta perspectiva jurídica, los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, mientras que los derechos humanos o esenciales son inalienables e imprescriptibles. Por otra parte, el concepto de derecho público subjetivo puede perder de vista la dimensión moral de los derechos, “y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al ordenamiento”.<sup>126</sup>

Como señala Cassetta, los derechos públicos subjetivos hunden su raíz en la normatividad positiva con que el constitucionalismo clásico plasmó en las cartas fundamentales los derechos en el campo del derecho públi-

125 Jellinek, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milán, Societ Editrice Libreria, 1919, p. 79.

126 Peces-Barba, Gregorio, *Curso...*, op. cit., p. 37.

co, y en la relación jurídica “Hombre-Estado”,<sup>127</sup> donde los derechos públicos subjetivos son los derechos del hombre de la primera generación (derechos civiles y políticos) positivados en el ordenamiento constitucional.

Los derechos subjetivos constituyen la versión positivista de los derechos naturales en un marco cultural antropocéntrico, aplicado por Jellinek al derecho público, a través de la teoría de los estatus, situaciones creadas por el derecho objetivo de algunos de los cuales surgirán los derechos públicos subjetivos.

Frente a este concepto, surge la crítica desde distintos enfoques, tales como el normativismo kelseniano, el realismo escandinavo, entre otros.

Los derechos públicos subjetivos constituyeron una determinada categoría histórica correspondiente al Estado liberal y a condiciones materiales superadas por el desarrollo socioeconómico y cultural actual, como seala Pérez Luño,<sup>128</sup> al no ser aplicable dicha categoría a la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales, que implican una actividad prestacional y promocional del Estado, que no encuadran en la categoría de derechos públicos subjetivos.

## II. LAS LIBERTADES PÚBLICAS

El concepto de libertades públicas constituye otra terminología derivada de la filosofía liberal, que es comprensiva de los derechos individuales o civiles, pero que no alcanza a comprender los derechos políticos propios de la concepción democrática contemporánea, ni los derechos económicos, sociales y culturales de la segunda generación, aun menos los derechos de tercera generación, como son el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al desarrollo o el derecho a la paz. Así, dicho concepto está superado por el desarrollo conceptual, aun cuando lo sigue utilizando la doctrina francesa.<sup>129</sup>

127 Véase Cassetta, E., “Diritti pubblici subbietivi”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. III; Romano, S., “La teoria dei diritti pubblici subbietivi”, en Orlando, V. E. (dir.) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*; Bidart Campos, Germán, *op. cit.*

128 Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, p. 34.

129 Rivero, Jean, *Les libertés publiques*, París, PUF, 1977; Colliard, Claude Albert, *Libertés publiques*, París, Dalloz, 1982; Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, París, 1972.

### III. LOS DERECHOS HUMANOS

El concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional (derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los derechos constitucionales.

### IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS CONSTITUCIONALES

El concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental, aunque autores como Peces-Barba asumen que la expresión “derechos fundamentales” comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos.<sup>130</sup> Por regla general, se entiende por derechos fundamentales, como seala Hernández Valle, el “conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”.<sup>131</sup>

En todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los estados.

130 Peces-Barba, Gregorio, *Curso...*, *op. cit.*, p. 37.

131 Hernández Valle, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1990, p. 13.

Clasificación de los derechos . . . . . 59

- I. Clasificación de los derechos según su objeto y finalidad . . . . . 59
- II. Clasificación de los derechos según el criterio del bien jurídico protegido y su finalidad . . . . . 61
- III. Clasificación de los derechos según el criterio de la forma de ejercicio de ellos . . . . . 63
- IV. Clasificación de los derechos de acuerdo al criterio del tipo de relación jurídica que suponen . . . . . 64
- V. Clasificación de los derechos según las diferencias de estatus de las personas . . . . . 65
- VI. Clasificación de los derechos según su estructura . . . . . 66
- VII. Clasificación de los derechos según los valores protegidos en ellos . . . . . 66
- VIII. Clasificación de los derechos según los pactos internacionales . . . . . 67
- IX. Clasificación de los derechos según el bien jurídico protegido en Chile . . . . . 67

## CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Las clasificaciones de derechos son difíciles, subjetivas y dependientes de criterios variables y de las posiciones ius filosóficas que tengan sus autores, como señala Bidart Campos.<sup>132</sup>

En materia de clasificación de los derechos constitucionales existe una gran diversidad de criterios; así, en el derecho comparado, Jellinek los clasifica en derechos de libertad, derechos a prestaciones del Estado y derechos de participación; Carl Schmitt distingue entre derechos de libertad del ciudadano aislado, derechos de libertad del individuo en relación con otros, derechos del individuo en el Estado, como ciudadano, y los derechos del individuo a prestaciones del Estado;<sup>133</sup> Possi los clasifica en derechos civiles, públicos-sociales y políticos; Sánchez Agesta, en derechos civiles, económicos, públicos, políticos y sociales; a su vez, Gregorio Peces-Barba, atendiendo al bien jurídico protegido y la finalidad que se persigue con su protección, distingue los derechos personalísimos, de sociedad, comunicación y participación, derechos políticos y de seguridad jurídica, y derechos económicos sociales y culturales.<sup>134</sup> Ante la diversidad de clasificaciones, sólo consideramos algunas como muestras de ellas, que utilizan diversos criterios.

### I. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN SU OBJETO Y FINALIDAD

Luis Prieto clasifica los derechos según el objeto y finalidad de los mismos, atendiendo a los valores de libertad e igualdad que los caracterizan desde su origen histórico.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989, p. 172.

<sup>133</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, p. 175.

<sup>134</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso...*, *op. cit.*, p. 454.

<sup>135</sup> Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 127.

En los derechos de libertad, subdistingue la libertad como ámbito de inmunidad garantizada frente a interferencias ajenas y la libertad como posibilidad de actuación en el ámbito social.

En el primer subgrupo de la libertad como ámbito de inmunidad garantizada sitúa el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la seguridad personal, las garantías procesales y penales, el derecho al honor, a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones.

Dentro del subgrupo de la libertad como posibilidad de actuación en el ámbito social comprende la libertad ideológica, religiosa y de culto; la libertad de expresión en todas sus proyecciones; la libertad de residencia y circulación; el derecho de reunión y manifestación; el derecho de asociación en general; como asimismo, la asociación política, sindical y religiosa; la libertad de enseñanza; los derechos de participación; el derecho de huelga; el derecho a la propiedad privada; el derecho a la libertad de trabajo, la libertad de empresa, el derecho a negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo.

En los derechos de igualdad sitúa la igualdad ante la ley; el derecho a la educación; el derecho al trabajo y una remuneración suficiente; el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia; los derechos de los menores; el derecho a la formación profesional, a la seguridad e higiene en el trabajo; el derecho al descanso y a las vacaciones retribuidas; el derecho a la cultura; el derecho a un medio ambiente adecuado; el derecho a disfrutar de una vivienda digna, los derechos de los minusválidos; los derechos de los ancianos, los derechos de los consumidores y usuarios.

Otra clasificación de los derechos según su objeto y finalidad es la de François Luchaire, el cual distingue entre derechos a la libertad; derechos a la igualdad, derechos políticos, derechos a la seguridad y derechos a un nivel de vida digno.

Los derechos a la libertad comprenden la libertad individual, libertad de pensamiento y las libertades colectivas.

### 1) Libertad individual

- a) Libertad personal
- b) Respeto a la vida privada
- c) Inviolabilidad de las comunicaciones privadas
- d) Inviolabilidad del domicilio

- e) Libertad de los adultos para contraer matrimonio
- 2) Libertad de pensamiento
  - a) Libertad de conciencia
  - b) Libertad de opinión e información
  - c) Libertad de enseñanza
- 3) Libertades colectivas
  - a) Libertad de reunión
  - b) Libertad de asociación
  - c) Libertad de culto

Los derechos a la igualdad comprenden:

- 1) Igualdad ante la ley
- 2) Igualdad ante la justicia
- 3) Igualdad ante los impuestos
- 4) Igualdad ante los empleos públicos
- 5) Igualdad ante los cargos públicos
- 6) Igualdad de acceso a la educación básica
- 7) Igualdad de sufragio
- 8) Igualdad ante los hijos
- 9) Igualdad entre mujeres y varones

Los derechos políticos comprenden los derechos de participación en el poder y las garantías de libertad:

- 1) Participación en el poder
  - a) Derecho de sufragio
  - b) Derecho de acceso a cargos públicos de elección popular
  - c) Derecho a participar en partidos políticos
  - d) Consentimiento de los impuestos y control del gasto público
  - e) Responsabilidad de los funcionarios públicos

## II. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN EL CRITERIO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU FINALIDAD

Peces-Barba señala que los derechos pueden clasificarse teniendo en consideración el bien protegido y la finalidad que se persigue con la pro-

tección, en relación con la dignidad de la persona. Así, los derechos los clasifica en: a) derechos personalísimos; b) derechos de sociedad, comunicación y participación; c) derechos políticos; d) derechos de la seguridad jurídica, y e) derechos económicos, sociales y culturales.<sup>136</sup>

Los derechos personalísimos protegen a la persona en sí misma, con independencia de su relación con los demás y la vida social, se protege al individuo aislado. Aquí se protege el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral; la libertad de conciencia, ideológica y religiosa; el derecho al honor y a la propia imagen, y el derecho a la objeción de conciencia.

Los derechos de sociedad, comunicación y participación, son aquellos que protegen a la persona en el ámbito civil, favoreciendo el libre tráfico entre todos sus miembros y su intervención en las relaciones sociales. Aquí se encuentran el derecho a la igualdad y a la no discriminación; la libertad de cultos; la inviolabilidad del domicilio; el secreto de las comunicaciones; la libertad de residencia y de circulación, la libertad de expresión e información; el derecho a la creación literaria, científica, artística y técnica; la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra, el derecho a reunión y manifestación y el derecho de asociación.

Los derechos políticos son aquellos que favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y en la configuración de los poderes y órganos públicos, del Estado y de las comunidades locales (derecho a sufragio, de igualdad a las funciones y cargos públicos); el derecho a la jurisdicción (que es un derecho ambiguo ya que abre cauce a la producción normativa y a la formación de la voluntad estatal a través de las sentencias, pero también es un derecho de seguridad, ya que asegura la certeza del derecho).

Los derechos de la seguridad jurídica tienen importancia social, lo que los diferencia de los derechos personalísimos, y se distinguen del grupo de derechos de sociedad, comunicación y participación, porque el referente comunitario se realiza al obtener el objetivo de protección individual. Aquí se encuentran el derecho de asistencia letrada; el derecho de acceso a la jurisdicción o a la tutela judicial; los derechos del proceso y de los condenados; las garantías procesales y penales.

<sup>136</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general, op. cit.*, pp. 453 y ss.

Los derechos económicos, sociales y culturales protegen determinadas dimensiones en el ámbito privado con contenido económico o cultural, o permiten crear condiciones en esas dimensiones, favoreciendo el libre desarrollo de la personalidad a través de la elección de planes de vida, siendo inseparables de dimensiones económicas de escasez que los condicionan.

### III. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN EL CRITERIO DE LA FORMA DE EJERCICIO DE ELLOS

Peces-Barba se refiere a la forma de ejercicio de los derechos, teniendo en cuenta el tipo de comportamiento que el titular del derecho debe realizar y la reacción que ese comportamiento genera en el entorno, obligados concretos, ser particulares o el Estado. Aquí se distingue entre derechos de no interferencia, derechos de participación, derechos de prestación y derechos deber.<sup>137</sup>

Los derechos de no interferencia o autonomía suponen una protección del individuo frente a las acciones externas de los poderes públicos, de otros grupos o de otras personas que podrían impedir o dificultar su libertad de elección y su libertad moral. Estos derechos crean un ámbito exento para el individuo titular, donde nadie está autorizado para intervenir, o, en su caso, sólo puede hacerlo con un procedimiento lleno de garantías. Los valores que informan estos derechos son la libertad y la seguridad jurídica; entre ellos se encuentra la libertad de conciencia y la libertad de creencias o libertad religiosa; la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, algunas garantías procesales y el derecho de propiedad.

Los derechos de participación son los derechos políticos, y suponen una acción positiva de sus titulares, que debe ser amparada y promovida por el Estado y sus instituciones.

Los derechos de prestación suponen una acción positiva de los poderes públicos y, excepcionalmente, de los particulares, para la satisfacción de necesidades básicas que no pueden ser resueltas con la propia fuerza del afectado, impidiendo el desarrollo moral y de los planes de vida de la persona. Estos derechos siempre tienen un trasfondo económico, y suponen una intervención promocional sustitutoria de carácter económica del

137 *Ibidem*, pp. 459 y ss.

Estado. Aquí se encuentran el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia letrada en juicio, entre otros.

Los derechos-deberes son aquellos en que su titular lo es también de un deber en relación con el mismo objeto. Estamos ante un derecho que necesariamente debe ejercerse, no siendo disponible como otros derechos. El ejemplo típico es el derecho a la educación básica obligatoria; otro es el derecho de sufragio en determinados estados, en los cuales es un derecho y un deber el preservar la vida.

#### IV. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE ACUERDO AL CRITERIO DEL TIPO DE RELACIÓN JURÍDICA QUE SUPONEN

Peces-Barba, de acuerdo con el tipo de relación jurídica que suponen, clasifica los derechos en derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.<sup>138</sup>

Los derechos subjetivos se dan cuando frente al titular del derecho, que es el sujeto activo, existe un sujeto obligado por ese derecho (sujeto pasivo). Ejemplos de ellos son los derechos a la educación básica y a la asistencia letrada que el Estado o sus organismos deben brindar al titular del derecho o sujeto activos.

Un derecho es una libertad cuando el titular o sujeto activo tiene derecho a que nadie lo interfiera en el ejercicio del derecho. Es el caso de la libertad de circulación y residencia, de la libertad de opinión.

Un derecho se constituye en potestad cuando su titular tiene el poder y puede producir efectos jurídicos que obligan a un sujeto pasivo mediante un acto determinado; en este caso, el sujeto pasivo se encuentra en una relación de superior frente al sujeto activo o titular del derecho. Ejemplos de ellos son el derecho a la jurisdicción o tutela judicial y el derecho a la participación política, ya que si el sujeto activo o titular del derecho pone en movimiento el mecanismo, ello debe ser soportado por el sujeto pasivo, que no puede impedir los efectos del acto; en estos casos los sujetos pasivos son el juez o los poderes públicos. También se encuentra en este ámbito el derecho de asociación.

El derecho es una inmunidad cuando su titular está exento respecto de los efectos de los actos de otro sujeto, siendo este último incompetente

138 *Ibidem*, pp. 462 y ss.

para alterar mediante dicho acto la situación jurídica del sujeto titular. Ejemplos de ellos son el derecho a no ser exigida una declaración sobre ideología, religión o creencias del titular, los casos de inviolabilidad e inmunidad parlamentarias.

## V. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN LAS DIFERENCIAS DE ESTATUS DE LAS PERSONAS

Ferrajoli clasifica los derechos considerando las diferencias de estatus que diferencian a los seres humanos por el hecho de ser ciudadanos o de tener capacidad de obrar.

Así, es posible distinguir entre derechos de la personalidad, que corresponden a todos los seres humanos, y los derechos de ciudadanía, que sólo ejercen los ciudadanos. Asimismo, es posible distinguir entre derechos primarios o sustanciales, que corresponden a todas las personas, y los derechos secundarios instrumentales o de autonomía que corresponden sólo a las personas que tienen capacidad de obrar.

Interralacionando las distinciones hechas, Ferrajoli obtiene cuatro clases de derechos: a) los derechos humanos; b) los derechos públicos; c) los derechos civiles, y d) los derechos políticos.

Los derechos humanos son los derechos primarios de las personas (derecho a la vida, a la integridad física y psíquica; el derecho a la libertad de conciencia; el derecho a la igualdad ante la justicia, entre otros).

Los derechos públicos son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos o nacionales, como es la libertad de circular libremente por el territorio nacional, residir en el y entrar y salir libremente del mismo; el derecho al trabajo, entre otros.

Los derechos civiles son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas con capacidad de obrar como son la libertad de trabajo; la libertad empresarial, y todos los derechos potestativos en que se manifiesta la autonomía personal y sobre los que se funda el mercado.

Los derechos políticos, que son derechos secundarios reservados solamente a los ciudadanos con capacidad de obrar; el derecho a ser elegido; el derecho a optar a cargos públicos, el derecho a asociarse en partidos políticos, y en general, todos los derechos potestativos en que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se funda la representación y la democracia políticas.

## VI. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN SU ESTRUCTURA

Otra clasificación de los derechos según su estructura considera que los derechos civiles y políticos son derechos instrumentales que permiten fundar y legitimar decisiones, sean éstas de carácter privado, por ejemplo, en el mercado, o sean de carácter público, en el ámbito del sistema político democrático. Se les denomina también derechos-poderes, ya que expresan la autonomía de la persona en el ámbito privado o público, constituyendo decisiones o actos jurídicos que producen efectos por decisión de sus titulares, los cuales presuponen capacidad de obrar en el ámbito civil o político.

A su vez, los derechos de libertad y los derechos sociales (como son la libertad de conciencia, la libertad de opinión e información, la libertad de enseñanza, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho de sindicación, el derecho a la educación, entre otros), son considerados derechos espectivas, sean negativas o positivas, implicando especialmente para el poder estatal o público, la prohibición de interferir en ellos o de realizar actividades prestacionales. Éstos son derechos sustanciales, ya que legitiman el contenido o sustancia de las decisiones, fundando la dimensión material de la sociedad democrática.

## VII. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN LOS VALORES PROTEGIDOS EN ELLOS

Eusebio Fernández desarrolla una clasificación de derechos partiendo de la afirmación según la cual la dignidad de la persona humana derivan los valores de seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad, con base en ellos se genera un criterio de clasificación de los derechos humanos.<sup>139</sup>

El valor seguridad-autonomía fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica, considerando a la persona como autónoma, libre y responsable, siendo reconocida y protegida su personalidad. En este ámbito se encuentran los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica, el derecho al honor y a la privacidad, la libertad de conciencia y culto, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la

<sup>139</sup> Esta clasificación ha sido desarrollada por Fernández, Eusebio, España, Debate, 1991, pp. 120-123.

igualdad ante la justicia y el debido proceso, el derecho a la libertad personal y seguridad individual, entre otros.

El valor libertad fundamenta los derechos civiles-políticos, los derechos de libertad o derechos de las personas como ciudadanos y miembros activos de la sociedad política, cuyo núcleo es el derecho igual de todas las personas en ser libres, incluyendo los ámbitos de libertad negativa y positiva (libertad de autodeterminarse), encontrándose entre ellos los derechos de libertad de opinión e información, al derecho de reunión (obstáculo que se opone al desarrollo y asegurar un ámbito de independencia que haga positivo el desarrollo). El derecho de asociación y el derecho de asociación política, el derecho de petición, el derecho a optar a cargos públicos, el derecho a sufragio.

Del valor de igualdad se derivan los valores de igualdad, fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales; vale decir, aquellos que amplían la idea de igualdad formal en igualdad de oportunidades y la igualdad sustancial, entre ellos el derecho a la protección de la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a una remuneración justa, el derecho a la seguridad social, el derecho de sindicación, entre otros.

#### VIII. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN LOS PACTOS INTERNACIONALES

Otro criterio de clasificación de los derechos depende de su consideración por el derecho positivo, entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, culturales y sociales, como ocurre con la clasificación hecha por los pactos internacionales de derechos humanos.

#### IX. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SEGÚN EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN CHILE

En la consideración de los derechos asegurados por la Constitución, con objeto de establecer un criterio para su agrupación y clasificación, seguiremos el criterio del bien jurídico protegido en cada conjunto de derechos.

En tal sentido, los derechos pueden aglutinarse en cinco grupos;<sup>140</sup> ellos son los siguientes:

<sup>140</sup> Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Jurídica de Chile, 1986, t. I, pp. 28 y ss.

Derechos de la personalidad: derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, protección de la vida del que está por nacer (artículo 19, núm. 1); derecho a fundar una familia (artículo 1o., inciso 2); derecho a la privacidad y a la honra (artículo 19, núm. 4); derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas (artículo 19, núm. 5); derecho a la nacionalidad (artículo 10).

Derecho del pensamiento libre: libertad de conciencia, de creencias y de culto (artículo 19, núm. 6); libertad de enseñanza y de cátedra (artículo 19, núm. 11); libertad de opinión y de información (artículo 19, núm. 12); derecho de petición (artículo 19, núm. 14).

Derechos de la seguridad jurídica: igualdad ante la ley (artículo 19, núm. 2); igualdad en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la justicia (artículo 19, núm. 3); libertad personal y derecho a la seguridad individual (artículo 19, núm. 7); igualdad en la admisión a empleos y funciones públicas (artículo 19, núm. 17); derecho a la igual repartición de los tributos y demás cargos públicos (artículo 19, núm. 20), libre ejercicio de los derechos (artículo 19, núm. 26).

Derechos del desarrollo en el medio social: derecho a un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19, núm. 8); derecho a la salud (artículo 19, núm. 9); derecho a la educación (artículo 19, núm. 10); derecho de reunión (artículo 19, núm. 13); derecho de asociarse (artículo 19, núm. 15); libertad de trabajo (artículo 19, núm. 16); derecho a la seguridad social (artículo 19, núm. 18), y derecho a sindicación (artículo 19, núm. 19).

Derechos patrimoniales: derecho a la libre actividad económica y derecho a la libre adquisición de bienes (artículo 19, núms. 21 y 23); derecho a no ser discriminado por las autoridades económicas (artículo 19, núm. 22); derecho de propiedad (artículo 19, núm. 24); derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales, artísticas e industriales (artículo 19, núm. 25).

Puede señalarse como una categoría separada, los derechos políticos propiamente tales; ellos aseguran la participación política en el Estado, como son el derecho a sufragio, el derecho a ser elegido, el derecho de asociarse en partidos políticos, el derecho a optar a cargos públicos no electivos.

|  |    |
|--|----|
| Las características de los derechos esenciales o derechos humanos                          | 69 |
| I.    Universalidad . . . . .  | 69 |
| II.   Supra y transnacionalidad . . . . .  | 69 |
| III.  La irreversibilidad de los derechos humanos . . . . .                                | 70 |
| IV.  La progresividad de los derechos humanos . . . . .                                    | 70 |
| V.   La posición preferencial de los derechos . . . . .                                    | 72 |
| VI.  La eficacia <i>erga omnes</i> de los derechos . . . . .                               | 74 |
| VII.  La fuerza expansiva de los derechos y el principio <i>favor libertatis</i> . . . . . | 76 |

## LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS ESENCIALES O DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos o derechos esenciales de la persona humana, presentan ciertas características que los identifican como tales y que el operador jurídico debe tener siempre presente.

### I. UNIVERSALIDAD

Todas las personas, vale decir, los seres humanos, son titulares de derechos humanos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.

La Declaración de Viena del 25 de junio de 1993 adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos afirma que la universalidad de los derechos humanos “no admite dudas (párrafo 1o.), reafirmando la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de tales derechos”, determinando que “Los estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos, de las libertades fundamentales” (párrafo 1o.).

### II. SUPRA Y TRANSNACIONALIDAD

En la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de persona humana, de ser humanos, ellos no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no siendo invocable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidos por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo

de los derechos humanos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad.

### III. LA IRREVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona, y el texto constitucional y el procedimiento señalado por este sólo los asegura y garantiza:

el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Resulta inconcebible para la dignidad humana, que “lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.”<sup>141</sup>

### IV. LA PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos están en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías. Basta para señalar un ejemplo, la situación del derecho a la vida en el artículo 6o. el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto hay una tendencia manifiesta hacia la más amplia protección de los derechos humanos. Así, en el ámbito internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el principio de la “integralidad maximizadora del sistema”, tal como lo denomina Bidart Campos,<sup>142</sup> de manera

<sup>141</sup> Niken, Pedro, *El derecho internacional de los derechos humanos*, Venezuela, 1989.

<sup>142</sup> Bidart Campos, Germán, “La Interpretación de los derechos humanos”, *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, núm. 3, p. 34.

que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos “plus” respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente del derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos.

En este sentido, diversos pactos internacionales de derechos humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29, b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos estados”. El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4o.; la Convención sobre la Eliminación sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41, entre otras.

El principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación *pro-cives* o favor *libertatis*, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.

A su vez, el artículo 29, c), de la Convención Americana refuerza esta línea argumental, al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno”, o según su artículo 29, d): “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

El sistema nacional de protección de los derechos fundamentales se completa con la integración del derecho internacional de derechos humanos, logrando la plenitud del sistema de derechos.

Esta progresividad de los derechos y su autoejecutividad implica que el juez debe conocer y aplicar las normas del derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantice tal derecho.

Al efecto, nos sirve como ejemplo una sentencia de la Corte Suprema de Venezuela del 3 de diciembre de 1990, la que aplicó los convenios de la OIT, especialmente el 103, y la recomendación 93, como la Convención de Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en ausencia a la época, de legislación laboral de protección de la maternidad de la mujer trabajadora. Dicha sentencia sostuvo:

Por lo expuesto, es concluyente la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, rechazándose, en consecuencia, cualquier interpretación tendiente a desconocerla por falta de legislación que desarrolle su contenido. De ahí que, para esta Sala, se trata de normas operativas que constituyen derechos subjetivos constitucionales, cuyo cumplimiento y protección es exigible por los ciudadanos y constituye un deber de los tribunales acordar su protección en caso de que sea evidente su vulneración.

...igualmente debe sealarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho de disfrutar del descanso pre y posnatal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 de nuestro texto fundamental, según el cual la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella, la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaban el ejercicio de los mismos... De modo que toda esta normativa de carácter supranacional y en particular del mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y posnatal...

## V. LA POSICIÓN PREFERENCIAL DE LOS DERECHOS

El Estado constitucional y democrático de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos

fundamentales y el bien común. Al respecto, la Constitución chilena explicita esta realidad en su artículo 1o., al igual que otras muchas Constituciones, entre las que, a modo ejemplar, señalaremos la de Alemania, cuyo artículo 1o. señala “la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”; la Constitución de Portugal, en su artículo 1o. sostiene que “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular empeñada en la construcción de un sociedad libre, justa, y solidaria”; la Constitución de España de 1978 señala en su artículo 10: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto de la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”; disposiciones similares encontramos en las Constituciones de Grecia, Italia y Turquía.

Esta posición es aún más extendida en América Latina, pudiendo establecerse como ejemplo la Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1994, cuyo artículo 1o. sostiene: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; la Constitución de Brasil de 1988, artículo 1o. señala que la República Federal de Brasil tiene como fundamentos... III la dignidad de la persona humana; la Constitución de Colombia de 1991, artículo 1o., prescribe “Colombia es un Estado social de derecho... fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”; la Constitución Peruana de 1993, en su artículo 1o., señala “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, la Constitución de Honduras de 1982, artículo 5o., precisa: “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”, la Constitución de Guatemala de 1985 establece en su artículo 1o. “Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común”. La Constitución de Ecuador de 1998 en su artículo 19, señala: “Los derechos y garantías sealados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

Asimismo, todo el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional se basan en la dignidad intrínseca de la persona humana y la protección de los derechos que de ella derivan.

En un Estado constitucional de derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder (preferred rights position).

La persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el poder público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales (artículo 1o. de la Constitución chilena). En consecuencia, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez, como operador jurídico, debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos. Las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, ya que los primeros son los que determinan la actuación de los órganos del poder público.

Todo lo dicho es más que suficiente para sostener que el poder público está al servicio de la persona y sus derechos. Hay así una concepción instrumentalista del Estado, de lo que se desprende como consecuencia de que, en caso de conflicto de normas de poder y de protección de derechos que se sitúan en un mismo plano jerárquico, el caso debe ser resuelto estableciendo la aplicación preferente de la norma sobre derechos, ya que estas últimas son las que orientan la actuación de los órganos del poder público, lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan preferred rights position.<sup>143</sup>

## VI. LA EFICACIA *ERGA OMNES* DE LOS DERECHOS

Podemos también señalar con Häberle, que la protección del contenido esencial de los derechos constituye una garantía institucional en relación con los fines establecidos objetivamente por la carta fundamental. De esta forma, el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección (acción de amparo en el derecho comparado), la que en algunos países se encuentra restringida sólo a las relaciones entre particulares y Estado.

<sup>143</sup> Véase al respecto, García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989.

La eficacia horizontal de los derechos humanos se une a la eficiencia vertical otorgando plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico.

Tal eficacia general o *erga omnes* de los derechos está establecida en la Constitución chilena en su artículo 60., incisos primero y segundo: “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella”, “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Esta eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales otorga seguridad jurídica de tales derechos; impide el desarrollo de una doble ética en la sociedad, una en las relaciones con el Estado y otra para las relaciones entre particulares; todo ello considerando que muchas de las principales amenazas a los derechos no provienen sólo del Estado, sino también, y principalmente, de los poderes económicos y sociales fácticos de la propia sociedad civil. Esta posición ha sido asumida por la doctrina italiana, como seala Pace,<sup>144</sup> y por la Corte Constitucional italiana.<sup>145</sup>

A su vez, el reconocimiento de la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad (artículo 10.), los derechos esenciales de la persona humana (artículo 50. y capítulos II y III de la Constitución), conforman una clara y decidida opción en favor de la persona humana y los derechos humanos como un sistema unitario que es patrimonio común de las personas individual y colectivamente, y un patrimonio común de la humanidad, cuya extensión y eficacia máxima constituyen un fin irrenunciable.

Sin embargo, dada la primicia de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella.

La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales.

144 Pace, Alessandro, “Corte Costituzionale e’ altri’ Giudici: una diverso garantismo?”, *Corte Costituzionale e Sviluppo della forma de governo in Italia a cura de Paulo di Barile, Enzo Cheli y Stefano Grassi*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 231 y ss.

145 Sentencia de la Corte Constitucional del 9 de julio de 1970, núm. 12.

## VII. LA FUERZA EXPANSIVA DE LOS DERECHOS Y EL PRINCIPIO *FAVOR LIBERTATIS*

La hermenéutica constitucional en tal sentido debe basarse en el principio favor *libertatis*, que da fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan.

La obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución y a la obligación de respetar y promover los derechos humanos no solamente establece el deber de los órganos del Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de ellos, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional.

En tal sentido, las leyes valen en la medida en que se respeten y garanticen los derechos humanos, lo que se deduce del principio de vinculatoriedad de los órganos del Estado a los derechos fundamentales, que se extrae del artículo 5o., inciso 2o. de la Constitución, en relación con los artículos 1o. y 19, núm. 26 de nuestra Constitución.

## LOS DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES

La norma jurídica positiva no crea los derechos humanos; su labor está en reconocerlos, convertirlos en obligación jurídica y garantizarlos jurídicamente, como lo reconoce expresamente nuestra Constitución en sus artículos 1o. y 5o., inciso 2; encabezamiento del artículo 19 y artículo 19, núm. 26.

En efecto, el artículo 5o., inciso 2 prescribe: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

El artículo 19 de la Constitución señala: “la Constitución asegura a todas las personas”, y luego se enumeran en forma no taxativa derechos protegidos. A su vez, el artículo 19, núm. 26 garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Los derechos humanos representan la decisión básica del Constituyente, a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica.

Los derechos humanos constituyen un sistema entre cuyos componentes no pueden existir contradicciones de orientación ni de sentido.

Los derechos humanos constituyen el parámetro de conformidad de acuerdo con el cual deben ser interpretadas todas las normas del ordenamiento jurídico, desde las propias normas constitucionales hasta la última resolución administrativa.

Los derechos humanos deben interpretarse al tenor del consenso general sobre los valores a los que responden y cuya realización constituye su tarea y fin.

Los derechos humanos son así, como lo reconoce expresamente nuestra Constitución, aquellos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Así, la tutela constitucional de los derechos humanos se inscribe en el marco más amplio del derecho internacional informado por valores comunes, que trasciende la esfera estatal, por decisión del propio constituyente. La carta fundamental se inserta así en un contexto internacional y supranacional en materia de derechos humanos, por lo que tales derechos deben ser interpretados de acuerdo con las claves hermenéuticas del derecho internacional de derechos humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las normas sobre derechos humanos contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas convencionales que son internacionales y, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía, vale decir, al poder constituyente instituido o derivado y a todos los órganos y autoridades estatales.

De un modo similar, en el ámbito latinoamericano, la Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46, establece el principio de que: “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La carta fundamental de Nicaragua de 1987, artículo 46, seala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales de Naciones, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, artículo 4o., determina que “la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. Prevalencia de los Derechos Humanos”. A su vez, el artículo 5o., numeral 1, ordena que las normas que definen: “los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, como asimismo, que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen

otros resultantes del régimen y de los principios de ellas adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

La Constitución de Colombia de 1991 establece que:

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

A su vez, la Constitución argentina ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860 que: “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no ser n entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. A su vez, la reforma constitucional argentina de 1994, en su artículo 75, que establece las atribuciones del Congreso, numeral 22, enumera los tratados con jerarquía constitucional:

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Muchas Constituciones establecen un catálogo de derechos abierto. La primera en hacerlo fue la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, la cual, en su novena enmienda, establece que “la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ser interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo”, perspectiva seguida por la Constitución argentina, uruguaya y venezolana, entre otras.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 22, señala que:

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

Una norma similar contiene la Constitución de Uruguay en su artículo 72: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Otras Constituciones de América Latina que consideran una cláusula de derechos implícitos o no taxativa son las de Argentina (artículo 33); Bolivia (artículo 35); Colombia (artículo 94); Costa Rica (artículo 74); Ecuador (artículo 19); Guatemala (artículo 4o.); Paraguay (artículo 80) y Uruguay (artículo 72). La Constitución chilena es una excepción en la materia al no establecer norma expresa sobre esta materia.

Podemos señalar así, que en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que está otorgando rango constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales que complementan los derechos enumerados por las propias Constituciones, enumeración no taxativa, y que admite derechos implícitos.<sup>146</sup>

Esta perspectiva es asumida también por algunas Constituciones europeas, entre ellas, por la Constitución de Portugal, que en su artículo 16 precisa que: “Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualquiera otros que consten en las leyes y las reglas aplicables de derecho internacional”; a su vez, el artículo 17 determina que: “El régimen de los derechos, libertades y garantías es aplicable a los enunciados en el título II y a los derechos de naturaleza análogos”. De

<sup>146</sup> Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, 3a. ed., Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, Chile, 1994, pp. 133-176.

un modo similar, la Constitución italiana, en su artículo 2, señala: “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad”; la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 1o., prescribe: “1. La dignidad del hombre es sagrada constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”; la Constitución española de 1978, en su artículo 10, establece:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Los derechos esenciales o fundamentales no son sólo derechos que limitan el poder del Estado, sino que son derechos que deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto, siendo el elemento más fundamental y básico de la concepción del Estado.

Es por ello que la Constitución de Chile, en su capítulo I, “Bases de la institucionalidad”, afirma la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales y la obligación para todos los órganos y poderes estatales de respetarlos, asegurar su protección y promoverlos.

Los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común.

La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República democrática y del Estado de derecho.

La denominación utilizada de derechos “fundamentales” o “humanos”, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su

relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el estatus jurídico-constitucional de la persona es un estatus jurídico material de contenido concreto, no disponible por la persona, los poderes públicos, los organismos internacionales y los organismos supranacionales.

## LA DOBLE NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Nadie discute hoy día la naturaleza de derechos subjetivos de los derechos constitucionales, no sólo en cuanto otorgan una facultad a la persona, sino también un estatus jurídico en un ámbito de la existencia. Sin embargo, los derechos constitucionales poseen también una significación objetiva; son, como lo sostiene Schneider, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado constitucional contemporáneo. Así, hoy se admite que los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución.<sup>147</sup>

De esta forma, en el Estado de derecho constitucional democrático, los derechos constitucionales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se objetivizan operando como elementos del ordenamiento objetivo, como lo ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional alemán; así, en efecto, la Corte Constitucional de Karlsruhe, en fallos de sus salas Primera y Segunda, en 1975 y 1978, respectivamente, han sealado que:

Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional Federal, las normas en que se plasman los derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos reaccionales del individuo frente al Estado, sino que a un mismo tiempo incorporan un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia.<sup>148</sup> Asimismo, el Tribunal Constitucional espa-

<sup>147</sup> Schneider, H. P., "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, Madrid, España, 1979, p. 23.

<sup>148</sup> *Cit.* por Stern, Klaus, "El sistema de los derechos fundamentales en la RFA", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988.

ñol ha afirmado que los derechos no sólo constituyen derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino asimismo garantías constitucionales y deberes positivos por parte del propio Estado (STC 53/1985 del 11 de abril). A juicio del mismo Tribunal Constitucional español, los derechos, sin perder su naturaleza subjetiva, son “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho.”<sup>149</sup>

Así, la función de los derechos como principios objetivos constituye un reforzamiento de la fuerza de validez de ellos en cuanto derechos subjetivos.

A su vez, en relación con el carácter subjetivo de los derechos, es necesario señalar que éstos tienen un carácter inviolable, irrenunciable e imprescriptible, desde su reconocimiento por la carta fundamental.

La inviolabilidad de los derechos esenciales significa que todas las personas tienen derecho a que se le respeten sus derechos fundamentales, vale decir, que no pueden ser desconocidos por ninguna persona, en ninguna circunstancia.

Sin embargo, el carácter de permanentes e imprescriptibles de los derechos, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, es compatible con que para reaccionar frente a cada lesión concreta que una persona entienda haber recibido contra un derecho esencial o constitucional, el ordenamiento jurídico limita temporalmente la vida de la correspondiente acción, cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental correspondiente, que la persona podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura (sentencia del Tribunal Constitucional Español 58/1984, del 9 de mayo, y 7/1983, del 14 de febrero).

Por otra parte, del carácter objetivo de los derechos se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad de ejercicio de pretensiones por parte de las personas, sino que debe ser también asumido por el Estado. De allí que nuestra propia Constitución haya establecido en el artículo 6o. la obligación del sometimiento de todos los órganos del Estado a la Constitución, y el artículo 5o. haya establecido el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos

149 *Sentencia del tribunal Constitucional Español, 25/1981 del 14 de julio.*

garantizados por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, de donde se deduce no solamente la obligación negativa del Estado y de sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que ellos representan, aun en el caso de que no exista una pretensión subjetiva por parte del Estado. De esta manera, los órganos de control de constitucionalidad que hacen efectivo el principio de supremacía constitucional tienen la tarea de advertir que nada legitima la amenaza, perturbación o privación a las personas en forma arbitraria o ilegal en el legítimo ejercicio de sus derechos, provenga esta afectación de los derechos de parte de órganos o agentes del Estado o de personas o grupos de la sociedad civil.

Así, los derechos constitucionales tienen un carácter *erga omnes* o de aplicación general, independientemente de quien cometa una infracción a ellos, la cual ser siempre inconstitucional e ilegítima.

Los derechos fundamentales constituyen el fundamento de la convivencia en paz y justicia en toda sociedad civilizada y en la comunidad internacional. De esta forma, los derechos fundamentales son el parámetro obligatorio de interpretación y aplicación de todo el derecho; tiene consecuencias para la actuación del Estado en el ámbito del derecho administrativo y privado, como asimismo, en la eficacia horizontal de los derechos en las relaciones entre sujetos de derecho privado.

La obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos constitucionales o derechos humanos, que recae sobre todos los poderes del Estado, puede decidir al legislador a proteger tales derechos penalmente, en cuyo caso no es posible desconocer que dicha protección penal forma parte del derecho fundamental mismo. De acuerdo con ello, si se produce la afectación de un derecho humano o constitucional que está sancionado por una norma penal vinculante del derecho internacional o por norma jurídica del derecho interno, hay un derecho de la persona a esa protección penal; de lo contrario se afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos, contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles de Naciones Unidas, los cuales forman parte del derecho interno chileno, siendo de obligatorio cumplimiento para todos los órganos del Estado.

Por último, los derechos humanos o los derechos constitucionales tienen una eficacia inmediata en cuanto existe una plena positivización de

los derechos, ya sea por norma constitucional o por vía de tratado internacional incorporado válidamente al ordenamiento jurídico nacional, a partir de la cual todo ciudadano tiene el derecho a recabar su tutela judicial efectiva por los tribunales ordinarios.

## LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURÍDICO POSITIVO

La determinación de cuáles son los derechos inherentes a la persona humana plantea el problema de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Con objeto de establecer un término de referencia objetivo basado en patrones universales, puede señalarse que lo son aquellos proclamados internacionalmente como tales. Las convenciones internacionales referentes a derechos humanos, a las que se refiere el artículo 5o., inciso 2, califican a los derechos en ellos reconocidos y garantizados como derechos “inherentes a la persona humana”; tal es el caso del Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que los define como “atributos de la persona humana”, como en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, siendo todos ellos derechos esenciales, universales e inherentes a la persona humana. De allí se deriva su obligatorio respeto, garantía y promoción, por todos los órganos estatales y, especialmente, por los tribunales de justicia. La carta fundamental de 1980, en esta materia eleva tales derechos a la categoría de constitución material, al señalar que son “límites a la soberanía”, vale decir, a la potestad del Estado; ellos forman parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno.

Así, podemos concluir que en nuestro sistema jurídico no existe hermetismo constitucional sobre la materia por decisión del propio Constituyente originario, el que estableció la limitación de la soberanía por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, de lo que claramente quedó constancia en la historia de la Constitución.

En la sesión 203 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se sostuvo: “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”.

Así podemos avanzar señalando que los derechos esenciales o derechos fundamentales son no sólo los que enumera el artículo 19 de la Constitución, sino que lo son también el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos asegurados por el capítulo II de la carta fundamental y los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, los que se incorporan al derecho interno por el artículo 5o., inciso 2 de la Constitución, tales como el derecho al nombre; el derecho a la personalidad jurídica de las personas; el derecho a la propia imagen; el derecho a la propia identidad; el derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de todos los derechos; el derecho a formar una familia, entre otros.

A su vez, es necesario reconocer una categoría de los derechos esenciales o fundamentales que se encuentran implícitos, los que deben ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado y cautelados jurisdiccionalmente por los tribunales de justicia, lo que es comúnmente aceptado en el derecho comparado.

Ello se desprende también del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual sostiene que:

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Americana en su literal c) nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada.

Así es como el Tribunal Constitucional, Italiano en sentencia 38/1973 y luego en la 159/1973, incluyó como derechos inviolables, algunos no considerados por el texto constitucional como eran el derecho a la dig-

nidad, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la reputación, entre otros, que derivarán indirectamente de otras normas constitucionales y de los artículos 8o. y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como del artículo 2o. de la Constitución Italiana. A su vez, como señala T. Ohlinger,

el Tribunal federal suizo define en gran medida lo que quiere proteger como derechos constitucionales. Derechos fundamentales centrales como la libertad individual, la libertad de opinión, el derecho a ser escuchado y la prohibición de la arbitrariedad no figuran en el texto de la Constitución federal suiza, pero son reconocidos por el Tribunal federal como derechos constitucionales no escritos.<sup>150</sup>

De la misma manera, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia 477/95, determina que:

De un lado, el artículo 29, inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

La obligación de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos, lo ha sealado directa y claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete último de tales convenciones en el ámbito regional:

la segunda obligación de los estados partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Es-

<sup>150</sup> *Cit.* por Bon, Pierre, "La protección constitucional de los derechos fundamentales. Aspectos de derecho comparado europeo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1992, núm. 11, p. 53.

tados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrafo 166).

## EL DEBER DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO DE PROMOVER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El constitucionalismo contemporáneo acentúa la voluntad política constituyente que establece preceptos que no sólo aseguran y garantizan la protección de los derechos fundamentales, sino también preceptos que obligan a los órganos del Estado y los poderes públicos a promover los derechos fundamentales.

Estos preceptos los encontramos en diversas Constituciones que integran nuestro círculo de cultura. La Constitución de España señala en su artículo 9.2, que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que se integra sean reales y efectivas. La Constitución de Grecia, en su artículo 25.1, establece que todos los órganos del Estado están obligados a garantizar el pleno ejercicio, sin obstáculos, de los derechos fundamentales.

En esta misma línea se sitúa la Constitución chilena, que en su artículo 1o., inciso final, establece el deber del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, lo que se refuerza con el artículo 5o., inciso 2 que establece el deber de los órganos del Estado de “respetar y promover los derechos esenciales o fundamentales garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

La promoción de los derechos fundamentales que constituye un deber de todos los órganos del Estado, incluido el Poder Judicial, además del gobierno, el Congreso, el Tribunal Constitucional, vale decir, todos los revestidos de calidad de órganos estatales, deben desarrollar las acciones que remuevan los obstáculos que impiden el desarrollo de los derechos, por todos los medios que están a su alcance dentro de su ámbito competencial.

Así es posible concluir que del deber de sometimiento de todos los poderes a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales o esenciales, se deduce no sólo la obligación del Estado y sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional de los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando una pretensión subjetiva por parte de alguna persona. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.<sup>151</sup>

151 *Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 53/1985.*

## LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Werner Goldschmidt<sup>152</sup> entiende que para resolver un caso carente de norma, el operativo se llama integración del orden normativo lagunoso: hay que colmar o cubrir la carencia de norma, elaborando para el caso una norma individual que le preste solución. A su vez, cuando hay norma, se habla de interpretación de los preceptos normativos.

Germán Bidart Campos nos dirá que, en materia de derechos humanos, habrá sólo interpretación cuando se seale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos hay derechos que carecen de normas.

Es posible

proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester “interpretar” (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas.<sup>153</sup>

El sistema de derechos dentro de un Estado de derecho democrático goza de una completitud abarcadora, ya que el “espacio en el que existen normas dispone, como sustrato o estructura subyacente de principios, valores, fines y razones históricas que son inherentes al orden normológico y que, por ende, son capaces de colmar e inundar sus lagunas en aquella

<sup>152</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1973, capítulo IV.

<sup>153</sup> Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 58.

zona donde hay derechos que carecen de normas”,<sup>154</sup> como asimismo, guía la interpretación de las normas que contienen derechos.

En nuestro sistema constitucional no podemos olvidar que los derechos “no se constituyen” en la norma positiva, sino que ella sólo los protege, los asegura y los garantiza.

Nuestra Constitución reconoce derechos anteriores y preexistentes a la existencia de la norma jurídica, ya que los derechos son inherentes a la naturaleza humana y a la dignidad de la persona humana.

Nuestra Constitución excluye sólo al positivismo voluntarista, para el cual los derechos son lo que el Estado dice que son y los que el Estado dice que son. Asumir dicha posición niega todo el esfuerzo de plenitud o “completitud” del sistema de derechos, que se logra por la interrelación entre interpretación e integración y el fin de realizar una conjugación de derechos que cuentan con normas y derechos que carecen de ellas.

Otro elemento que refuerza esta posición es el reconocimiento hecho en las actas de la Comisión de Estudios de la Constitución de la posible existencia de derechos esenciales no explicitados en el texto de la Constitución, los que no por tal hecho dejaban de ser derechos esenciales, en otras palabras, son los derechos implícitos que reconocen otras constituciones (Argentina, Uruguay, Venezuela, etcétera).

Los derechos implícitos nos permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal para ser derecho esencial, humano o fundamental.

En tal sentido, la interpretación integradora del sistema de derechos permite desentrañar el contenido de las carencias normativas, acudiendo a los valores, a los principios y a la razón histórica de la Constitución y su sistema de derechos.

En la Constitución formal encontramos ya dichos valores, principios y fines que deben orientar la tarea interpretativa en materia de derechos esenciales, en sus artículos 1o., 5o., inciso 2., 6o. y 19.

Como seala García de Enterría, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento jurídico, esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> *Op. cit.*, pp. 58 y 59. Esta interpretación seguimos en nuestra exposición, compartiendo el enfoque del profesor Bidart Campos.

<sup>155</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 97.

No podemos olvidar que la Constitución fija los fines de la sociedad política y del Estado, que es el bien común (artículo 1o., inciso 4), vale decir, la búsqueda de optimizar la convivencia social, el logro del desarrollo integral de cada ser humano, de todos los seres humanos y de todo el ser humano. Ello exige maximizar el plexo de derechos y garantías de la persona humana.

El derecho cumple así su función promocional, como seala Norberto Bobbio, debiendo promover condiciones más humanas de vida y removiendo obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos; función promocional reconocida, explícitamente, en nuestra Constitución, en su artículo 1o., inciso 4 y final.

La interpretación integradora de la Constitución implica que el juez preste atención a los derechos explícitos, a los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos, dándole “completitud” como dice Bidart Campos.

Los valores, principios y fines del capítulo de Bases de la Institucionalidad, en materia de derechos, son normas jurídicas, son preceptos constitucionales directamente aplicables, a la luz de los cuales debe interpretarse todo el resto de la normativa constitucional y del ordenamiento jurídico.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución; la lectura e interpretación de todo precepto de la carta fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al juez constitucional, un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en el protagonista activo y creador, que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica.

La Constitución se elastiza a través de la labor de interpretación e integración dinámica que absorbe las necesidades de la sociedad en cada momento.

Hoy no es el legislador el protector por excelencia de los derechos humanos, su lugar lo ocupan la Constitución y los tratados de derechos humanos, el legislador posee sólo un margen para la regulación del ejercicio de los derechos esenciales.

Este enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales o derechos humanos, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera, pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o humanos, complementando los que reconoce la Constitución (artículo 5o., inciso 2).

De esta manera, si los derechos humanos o derechos esenciales representan la base legitimadora de la sociedad política, se convierten en el fundamento último y, en consecuencia, en el factor decisivo para la existencia del Estado y de su orden jurídico, consideradas todas las ramas de dicho ordenamiento jurídico, las cuales lo reciben del derecho de la Constitución.

Así, tanto el vértice del sistema constitucional como del sistema de derecho internacional está dado por los derechos esenciales de la persona humana, los que además se incorporan al derecho interno, siendo Constitución en sentido material, ya que constituyen un límite a la soberanía.

A su vez, el carácter esencialmente abierto de las normas que configuran abstractamente los derechos esenciales de la persona llevan a desarrollar una interpretación de la carta fundamental y de todo el ordenamiento jurídico sobre el que ella actúa, en el sentido de que permita obtener para los derechos, el mayor grado de protección y efectividad, entendidos desde una perspectiva democrática y pluralista.

Como señala Hesse, no hay contraposición alguna entre derechos esenciales y Estado fuerte; por el contrario, dependen unos de otros. Ya que hacer efectivos los derechos esenciales está, en las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado.

Una y otra tarea exigen un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en situaciones de cumplir sus misiones propias. Esta fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato estatal de poder lo más eficaz posible, cuando del asentimiento libre de un número lo mayor posible entre los ciudadanos a quienes importa lograrla y renovarla en todos los momentos.<sup>156</sup>

Esta confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos, reconocidos por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a

<sup>156</sup> Véase Villacorta Mancebo, Luis, *Reserva de ley y Constitución*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 117.

unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema.

Esta visión interpretativa convergente de los derechos, los asegurados por la Constitución y los asegurados por los tratados, deriva necesariamente del artículo quinto, inciso segundo, de la carta fundamental. De esta manera, el sistema de derechos tiene la fuerza para ser interpretado de la forma más adecuada a su optimización.

No olvidemos que los derechos incorporados por vía de tratado deben ser cumplidos de buena fe y deben interpretarse conforme a la finalidad que ellos tienen, que es de ser preceptos efectivos dentro de la jurisdicción interna de los Estados. No olvidemos tampoco el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece que un Estado-parte en un tratado no puede incumplirlo invocando para ello su derecho interno.

De este modo, la fuente interna y la fuente internacional de derechos se retroalimentan, las interpretaciones reduccionistas van en contra del sentido y finalidad del sistema de derechos esenciales fijado por el constituyente, que es lograr la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos; éste es el deber ser existencial del derecho, como diría Cossio.

El derecho internacional de los derechos humanos es fuente del derecho interno cuando contiene elementos que enriquecen al derecho interno y viceversa, el sistema nacional de derecho enriquece al derecho internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos y en el artículo 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Existe así una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales.

A su vez, todo el sistema de derechos debe ser interpretado de conformidad con los tratados de derechos humanos del cual el Estado es parte.

## LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos que la Constitución asegura, en su gran mayoría, son titulares de ellos todas las personas (derecho a la vida, igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia, libertad de conciencia, libertad personal y seguridad individual, etcétera); mientras otros se aseguran sólo a los chilenos (libertad de asociación política, igualdad ante los cargos públicos, derecho a optar a cargos públicos de elección popular, etcétera).

Los derechos que no se aseguran a los extranjeros constituyen la excepción, ya que los derechos esenciales de la persona se desprenden de la dignidad de la persona humana en cuanto tal y del desarrollo de la personalidad en su dimensión material y espiritual, por lo que todos ellos corresponden a toda persona, sea nacional o extranjera; la excepción la constituyen los derechos políticos (la calidad de ciudadano, el derecho a ser elegido en cargos de elección popular, el optar al desempeño de cargos públicos, el asociarse en partidos políticos), lo que es regla general en el derecho constitucional comparado. Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno permite el derecho de sufragio activo a los extranjeros con cinco años de residencia en el país para las elecciones municipales, parlamentarias y presidenciales (artículo 14 de la Constitución Política y LOC de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral Público).

Puede señalarse que la titularidad de ciertos derechos corresponde también a las personas jurídicas o asociación de individuos, habiendo algunos que no pueden ser ejercidos por ellos debido a su naturaleza, como son la libertad personal, la libertad de conciencia, el derecho a la honra de la persona y de su familia, el derecho a la protección de la salud, entre otros.

Puede sostenerse también que un sujeto de derecho puede encontrarse respecto del derecho en una o varias situaciones jurídicas: titular del derecho, ejerciendo el derecho o defendiendo el derecho.

Hay sujetos titulares del derecho y de su ejercicio, pero sin capacidad para defenderlo, siendo representados para ello por quienes determina el

orden jurídico; por ejemplo, el derecho a educación básica gratuita, derecho que debe ser defendido por los padres o tutores del menor.

Hay sujetos que son titulares del derecho, pero su ejercicio no está en condiciones de concretarlo; por ejemplo, el derecho a escoger el establecimiento de educación que se considere conveniente, donde el sujeto activo de tal derecho son los padres.

La Constitución, en su artículo 1o., inciso tercero, reconoce también a los grupos o cuerpos intermedios de la sociedad, los cuales tienen el carácter de individuos colectivos, en cuanto grupos integrados por individuos cuya finalidad sea la defensa de determinados ámbitos de libertad o realización de intereses o valores que forman el sustrato último de los derechos esenciales. Así, puede hacerse alusión al derecho de asociación en general (artículo 19, núm. 15), al derecho de formar sindicatos (artículo 19, núm. 19).

Por otra parte, está el tema de la titularidad de los derechos fundamentales de los poderes públicos u organismos del Estado. En este ámbito, parece indiscutible que los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos o cuerpos intermedios. Sin embargo, las actuaciones de la administración centralizada y descentralizada del Estado están sometidas al control de los tribunales de justicia, lo que hace que tengan el derecho a una tutela judicial efectiva cuando sean parte de un proceso en una relación de derecho privado, como puede ser una relación laboral o comercial, por ejemplo. El problema más trascendente es si los poderes públicos, en cuanto tales, pueden ser sujetos de derechos fundamentales. Nos parece que no hay razón para que ellos no sean sujetos del derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando operen con personalidad jurídica de derecho público, como asimismo, que corporaciones públicas, como Televisión Nacional, puedan reivindicar para sí, la libertad de información o las corporaciones universitarias de derecho público no puedan reivindicar el derecho a la autonomía universitaria.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Señala que si el sistema de derechos esenciales o derechos humanos no ofrece a sus titulares la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no hay un verdadero derecho. Un derecho sólo es tal dentro de un ordenamiento jurídico si es resistente frente a otros poderes. Esta característica de resistencia del derecho, adquiere sentido a través de los diferentes instituciones o instrumentos de protección de los derechos.

El aseguramiento constitucional de los derechos debe ir acompañado de las respectivas garantías, vale decir, de los medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos asegurados por la carta fundamental. En otras palabras, un conjunto coherente de instrumentos de defensa de los derechos.

### LA CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

#### 1. *Las garantías nacionales y las garantías internacionales*

Las garantías de los derechos pueden ser clasificadas, en una primera aproximación, en garantías nacionales y garantías internacionales, en el entendido de que las garantías no se agotan en el plano interno del Estado, sino que trascienden al plano internacional o supranacional a través de distintas instituciones y mecanismos.

#### 2. *Las garantías primarias y secundarias*

Para Ferrajoli, las garantías pueden clasificarse en primarias y secundarias:

Las garantías primarias constituyen las obligaciones (de prestación) o las prohibiciones (de lesión) de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar los demás, sea el Estado o terceros públicos o privados.

Las garantías secundarias constituyen las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, vale decir, las violaciones de las garantías primarias.

A este propósito es necesario distinguir entre posibilidades de realización técnica y posibilidades de realización política.

Nada impide, en una “perspectiva técnico-jurídica la introducción de garantías” de derecho nacional e internacional.<sup>157</sup>

Los obstáculos son más bien de naturaleza política, y consiste en la voluntad política efectiva de garantizar los derechos esenciales, disponiendo los recursos para ello.

“Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer”.<sup>158</sup>

Aquí surge la responsabilidad para los operadores jurídicos y políticos de dar efectividad a los derechos esenciales, superando antinomias, lagunas y concretando garantías primarias y secundarias de los derechos, además de generar una cultura jurídica de los derechos.

Cuando los derechos no disponen de garantías primarias y secundarias, lo correcto no es negar la existencia de los derechos, sino que debe criticarse la ausencia de garantías por el ordenamiento jurídico, como señala Ferrajoli.

El nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica, sino normativa, “La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”.<sup>159</sup>

A su vez, las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos.

Las garantías nacionales pueden ser clasificadas en garantías genéricas y específicas, y estas últimas en garantías normativas, garantías institucionales y garantías jurisdiccionales.

157 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, op. cit., p. 64.

158 *Ibidem*, p. 65.

159 *Ibidem*, p. 63.

### 3. *Las garantías genéricas internas de los derechos fundamentales*

Estas garantías genéricas están representadas por los principios que definen al Estado constitucional democrático y que permiten mantener y caracterizar una visión integral de los derechos.

Entre ellos se encuentran, en primer lugar, la existencia y vigencia efectiva de una “República Democrática” (artículo 4o. de la Constitución), donde las ideas de pluralismo y participación definen la fórmula política, repercutiendo en el tema de las garantías de diversos ángulos: un Poder Legislativo representativo del cuerpo político de la sociedad, el que ocupa un lugar importante en la elaboración de normas y el aseguramiento de los derechos y por el reconocimiento de los derechos de participación esenciales a una visión integral de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se encuentra la vigencia de un efectivo Estado de derecho, lo que implica la limitación del poder por el derecho, la vigencia de los principios básicos del Estado de derecho, como la supremacía constitucional, el principio de vinculación directa de la Constitución, el principio de legalidad, el principio de distribución del poder estatal en órganos diferentes, el control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, el principio de responsabilidad de los gobernantes y agentes del Estado, los que se especifican en los artículos 6o. y 7o. de la carta fundamental.

### 4. *Las garantías específicas internas*

Las garantías específicas son los distintos instrumentos de protección jurídica de los derechos. Se pueden clasificar en garantías normativas, de control o fiscalización, de interpretación y judiciales.

#### A. *Las garantías normativas*

Las garantías normativas de los derechos fundamentales o esenciales hacen referencia al principio de legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, como su reforma.<sup>160</sup> Las principales en nuestro ordenamiento constitucional son: el principio de reserva legal, el respeto al contenido esencial de los derechos, la vinculación de los poderes constituidos por los derechos fundamentales; la limitación del legislador delegado, los

<sup>160</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso...*, op. cit., p. 505.

quorums calificados de ley y de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales.

### *B. El principio de reserva legal*

Una primera garantía normativa de los derechos se expresa en el principio de reserva legal que hace el constituyente para la regulación de los primeros. La reserva de ley en sus orígenes representó una garantía de las personas frente a las intervenciones directas del gobernante o rey, así, el Poder Ejecutivo debía encuadrarse en el ámbito autorizado por el legislador. El legislador es el órgano más apropiado para regular los derechos, en la medida en que es el intérprete de la soberanía nacional más representativo de la sociedad en cada momento histórico, en virtud del principio democrático y del Estado de derecho, excluyendo así al administrador como regulador primario de los derechos fundamentales.

De esta manera, no sólo se reserva al legislador, sino que también se limita la libertad de acción del legislador en la regulación de los derechos fundamentales, el cual queda obligado a regular las materias objeto de dicha reserva.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo éste regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales.

Así, en estas materias el legislador no puede establecer una habilitación genérica al gobierno para reglamentar la materia y deslegalizar la materia reservada, abdicando de su obligación constitucional.

Ello no quiere decir que el legislador no pueda, luego de regular la materia en sus aspectos fundamentales, estableciendo objetivos a perseguir y regulaciones generales, entregar a la potestad reglamentaria su implementación específica o desarrollar aspectos concretos determinados por el legislador.

La frontera de la reserva de ley depende de la ordenación y de las relaciones existentes en cada Estado entre el Congreso y el gobierno en el derecho constitucional vigente, definidas por cada carta fundamental en cada momento histórico concreto, dependiendo del ámbito de tareas que el Estado reivindica para sí mismo en función de sus respectivas metas.

La reserva de ley implica que, frente a las materias reservadas a la ley, hay otras que no lo están y en las que es legítimo que opere la administración. Hoy, no podemos olvidar que el gobierno dispone de una legitimidad democrática indiscutible, especialmente en los países presidencialistas, en que se elige el presidente de la República por mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos, como es el caso de Chile, entre otros. Esa legitimidad democrática propia le entrega un ámbito competencial y un ámbito de responsabilidad ejecutiva expresamente establecido en la carta fundamental, como ocurre en nuestro país con el artículo 32, núm. 8, de la Constitución, en su primer inciso, el cual reconoce la existencia de una potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo, además de la potestad reglamentaria de ejecución tradicional. El régimen republicano democrático y la existencia de un Estado de derecho no admite el monismo en el ejercicio del poder bajo la forma de reserva parlamentaria que lo engloba todo; el Estado de derecho democrático implica una distribución del poder estatal, estableciendo un núcleo de responsabilidad propio del gobierno y de la administración. Ello implica que, fuera de las reservas de ley establecidas por el constituyente, no cabe motivar o establecer otras, las que serían inconstitucionales.

Así, el reglamento autónomo puede operar en aquellas materias que no afecten las reservas específicas de ley ni la reserva general de los artículos 60, núm. 20 y 19, núm. 26, de la carta fundamental.

Por otra parte, en virtud del principio de prohibición de exceso, propio del Estado de derecho, la intervención del legislador en el ámbito de protección de los derechos esenciales o fundamentales debe ser adecuada, necesaria y proporcional.

### *C. El respeto del legislador al contenido esencial de los derechos*

La reserva de ley, para regular los derechos, se ve fortalecida en el artículo 19, núm. 26 de la carta fundamental, por la obligación que tiene el legislador de no afectar los derechos en su esencia.

El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así, el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa.

El contenido esencial de cada derecho constituye la sustancia o propiedades básicas del derecho, siendo sólo una parte del contenido del de-

recho constitucional, ya que no se aplica a las propiedades ocasionales o incidentales del respectivo derecho.

La garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, “debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir, como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”.<sup>161</sup>

Como señala Fernández Segado comentando a Parejo, el contenido esencial en “determinados derechos constitucionales ofrece tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario, cuanto positivo, de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional de tales derechos”.

El concepto de contenido esencial de los derechos es un concepto jurídico indeterminado. Para su determinación se han seguido dos vías: la primera, atendiendo a la naturaleza jurídica o modo de concebir o configurar el derecho y cada uno de los derechos; la segunda, es determinar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula de los derechos esenciales, todo lo cual es objeto de una protección de carácter absoluto.

El Tribunal Constitucional español, en sentencia 11/1981, ha señalado que el contenido esencial del derecho es una noción con dos acepciones:

1. Naturaleza jurídica de cada derecho, vale decir, el modo de concebirlo o configurarlo. En ocasiones, el nomen y el alcance de un derecho son previos al momento en que éste resulta regulado por el legislador concreto. El tipo abstracto preexiste conceptualmente al momento legislativo, pudiendo hablarse en tal sentido de la reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y en las condiciones inherentes en las sociedades democráticas.

2. Los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Con ello se hace referencia a la parte del contenido del derecho que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En esta perspectiva se desconoce el “contenido esencial del derecho” cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo di-

161 Gavara De Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 142.

ficultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección.<sup>162</sup>

Pudiendo ambos criterios utilizarse complementariamente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional chileno ha asumido tal perspectiva, señalando que:

la esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más all de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.<sup>163</sup>

En la misma perspectiva ha sido asumida dicha teoría del contenido esencial de los derechos por el Tribunal Constitucional de Colombia; así, en sentencia C-033/1993, establece que el artículo 214 de la Constitución colombiana, que determina que durante los estados de excepción no se podrán suspender los derechos humanos, consagra la teoría del núcleo esencial de los derechos. El Tribunal Constitucional, siguiendo a Häberle, seala que “se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”, agregando el Tribunal Constitucional colombiano, “según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados, pero no pueden ser objeto de desnaturalización”, así “cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mis-

162 *Cit.* por Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 489. Véase también, Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 3a. ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992, pp. 365 y 366.

163 Tribunal Constitucional, 24 de febrero de 1987, Rol núm. 43, considerandos 20 y 21.

mo y que no desconocen su núcleo esencial, no pueda aducirse que se está violando de pleno tal derecho”.

En el nivel legal, dice a su vez el Tribunal Constitucional colombiano, en voto separado, sentencia C-373 de 1995, “el concepto de núcleo esencial expresa asimismo aquel mínimo irreductible de contenido de cada derecho fundamental, en modo alguno limitable por los poderes públicos”. Sobre el particular, prescribe el artículo 1o. del decreto 2591 de 1991:

La acción de tutela procederá aun bajo estado de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.

A su vez, la Corte Constitucional alemana, en la sentencia “Sozialhilfe”, determinó que el contenido esencial inafectable de los derechos debe ser averiguado para cada derecho fundamental, a partir de su significado especial en el sistema global de derechos (BVerfGE 22, 180 (219)).

En dicha perspectiva, se ha establecido el principio de inafectabilidad del contenido esencial de un derecho, el cual significa que ningún objeto útil o un medio con un menor costo podrán justificar una intervención en el contenido esencial de un derecho fundamental, incluso cuando debiera ser adoptada dicha intervención con base en una finalidad constitucional.

#### *D. El contenido esencial de los derechos en el derecho comparado*

La carta fundamental de Chile sigue, en la materia, las normas preestablecidas en el artículo 19 de la ley fundamental de Bonn, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal y el artículo 53.1 de la Constitución de España, como la jurisprudencia de algunos de los respectivos tribunales constitucionales.<sup>164</sup>

La Constitución alemana en su artículo 19.2 establece “en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”.

<sup>164</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, del 11 de abril de 1981, considerando 10.

La Constitución española determina, en el artículo 53.1, que “los derechos y libertades reconocidas en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)”.

También el artículo 18 de la Constitución de Portugal señala:

1. Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas. 2. La ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución. 3. Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías tienen que revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión o alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

Como comenta Gomes Canotinho y Vital Moreira: “este artículo integra lo esencial del régimen constitucional específico de los derechos, libertades y garantías”.<sup>165</sup> Por otra parte, concordamos con Magdalena Lorenzo,<sup>166</sup> en que el texto portugués se sitúa, en la materia en análisis, más adelante que Alemania y España, ya que establece “la existencia de un contenido esencial cuya extensión y alcance no podrá la ley atenuar o disminuir”, lo que da mayor precisión al concepto que los textos de los países antes señalados.

#### *E. El sentido y alcance del límite del contenido esencial de los derechos*

El límite del contenido esencial de los derechos establecidos constitucionalmente impide al legislador afectar este núcleo duro de los derechos y obliga al legislador que regula el ejercicio de tales derechos a actuar de acuerdo con los límites del derecho que derivan directamente de la Constitución, ya sea para la protección de otros derechos constitucionales, o de otros bienes constitucionalmente protegidos, lo que debe justificarse racionalmente, lo que excluye la limitación de los derechos por

<sup>165</sup> Gomés Camotinho, J. J. y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa* anotada, Portugal, Coimbra Editora, Edição revista, 1993, pp. 144 y 145.

<sup>166</sup> Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, España, Comares, 1996, p. 156.

bienes infraconstitucionales, por muy importantes que ellos puedan ser, desde el punto de vista social. En tal sentido, compartimos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en su sentencia 22/1984, en la cual señala “existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyen en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”.

No es aceptable en derecho chileno la “cláusula de comunidad” desarrollada por la jurisprudencia contenciosa administrativa alemana, según la cual pertenece a la esencia de los derechos fundamentales el no poder hacerlos valer cuando con ello se ponen en peligro bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad, tesis con la cual se reduce a cero la garantía de los derechos frente a una fuente inagotable de limitaciones, las que no tienen ningún fundamento constitucional y que pone los derechos de las personas a disposición del poder público. Este enfoque, a su vez, está prohibido expresamente por los tratados de derechos humanos de los que Chile es parte, y en los cuales se impone al Estado, el respeto de los derechos, aun en caso de peligro de desaparición del Estado, como es en los casos de guerra interna o externa (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 27).

A su vez, consideramos que la incorporación de derechos materialmente constitucionales por vía de un tratado internacional no puede autorizar al legislador para fijar límites a otros derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, ya que no pueden disminuir el ámbito de garantía de los derechos, sino sólo aumentar la protección de éstos.

La limitación de un derecho por un valor o un fin social constitucional expresamente reconocido por la carta fundamental debe tener presente que el derecho es también expresión de un valor constitucional, los cuales deben ponderarse con las prioridades establecidas por la propia Constitución. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad tiene como limitación su función social, la que comprende los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. La conservación del medio ambiente libre de contaminación tiene mayor jerarquía en el ámbito de los derechos que la propiedad, pudiendo imponerse límites a ésta en beneficio de la conservación del patrimonio ambiental. La jerarquía de los valores y de los derechos debe establecerse en el texto de la Constitución, no puede haber otra que no está señalada en el texto fundamental.

Todo ello parte de la teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales; los derechos, al reconocerse dentro del ordenamiento jurídico, deben conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege, y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. El derecho no es absoluto; debe ceder en su virtualidad protectora para conciliarse o armonizarse con otros bienes, como, son los derechos de los demás, la moral, el orden público, entre otros. Los límites inmanentes están incluidos en el interior del derecho esencial o fundamental, cumpliendo la función de caracterizar negativamente el supuesto de hecho al que es aplicable el derecho fundamental.

La relación entre los valores constitucionales, como, asimismo, entre los derechos constitucionales, deben resultar de la propia Constitución de manera expresa, de la dogmática constitucional; de lo contrario, se afecta la unidad, armonía y sistematicidad de la Constitución y su prioridad jerárquica.

Los límites inmanentes a los derechos fundamentales se averiguan mediante la ponderación de bienes, en la que se analiza el sistema de valores objetivos establecidos por la carta fundamental. De manera tal que si la ley restringe un derecho esencial más all de lo que obliga un bien jurídico de igual o mayor jerarquía o rango, esta restricción no podría permitirse, siendo inconstitucional.

El procedimiento de ponderación de los bienes debe partir de que los derechos a limitar en su ejercicio y los valores constitucionales o los bienes constitucionales aparecen como contrapuestos. Si realmente está en juego un bien constitucional, sólo hay dos opciones: o el derecho constitucional se afirma porque no se permite subordinarlo a otros bienes; por ejemplo, el derecho a no ser torturado establecido en el artículo 19, núm. 1 de la Constitución, en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional; o el bien constitucional debe ser objeto de efectiva protección, y el derecho debe ceder ante él; por ejemplo, el derecho de propiedad ante la seguridad nacional, la salubridad pública o la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19, núm. 24 de la Constitución).

Así, en cada oportunidad debe ponderarse si el valor o el bien goza o no de reconocimiento constitucional y, luego, si su constitucionalidad se traduce en resistencia frente al derecho en cuestión o en oponibilidad frente a ésta. Como sostiene Konrad Hesse, la “presunta contradicción entre normas constitucionales se puede solucionar de dos modos: esta-

blecer una decisión de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra o intentar conseguir una optimización de forma que se apliquen ambas normas constitucionales a la vez”.<sup>167</sup>

Este planteamiento lleva a señalar que en ningún caso puede afectarse un derecho fundamental en forma mayor de lo que sea necesario para la protección de bienes jurídicos constitucionales de igual o mayor rango. Tal perspectiva nos conduce a la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, el cual, en el ámbito de los derechos implica una prohibición de intervenciones en sentido estricto o de limitaciones que no sean adecuadas o necesarias para la finalidad perseguida por el legislador a través de la regulación que afecte a los derechos esenciales. Ello supone, como establece Gavara de Cara: “la existencia de una relación causal entre un medio y una finalidad que se vincula a un principio (el de proporcionalidad), mediante el cual se procede a examinar una finalidad establecida por el Poder Legislativo y la elección de la decisión normativa utilizada”.<sup>168</sup>

Así, el principio de proporcionalidad, también denominado principio de prohibición de exceso por Peter Lerche, comprende tres subprincipios: el principio de adecuación, que establece el control de idoneidad de la norma, el principio de necesidad que determina la prescindibilidad o no de la intervención, determinando el peligro y la necesidad de producir el menor daño, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que determina la racionalidad de la intervención, determinando el objeto de la intervención y el efecto que ella produce en el derecho.

Consideramos que el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio de Estado de derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de derecho es en virtud del contenido esencial de los derechos fundamentales que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos.

El contenido esencial de los derechos constituye una garantía frente a la actividad legislativa reguladora o limitadora de ellos. El contenido

<sup>167</sup> Cit. por Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 291.

<sup>168</sup> Gavara da Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 296.

esencial de los derechos es una frontera, un límite, que el legislador no puede sobrepasar; si lo hace incurre en inconstitucionalidad.

Como señala Otto y Pardo, la garantía del contenido esencial de los derechos constituye el límite de los límites (Schranken-Schranken); “porque limita la posibilidad de limitar, porque seala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”,<sup>169</sup> posición que apoya y fortalece el carácter directamente normativo de los derechos fundamentales.

En España, Prieto Sanchís reconoce que “la defensa del contenido esencial tiende a confundirse con la defensa del contenido mínimo; de este modo, la discrecionalidad política de la ley puede llegar hasta el límite de su desnaturalización”.<sup>170</sup> Por otra parte, en Alemania, Häberle seala que la cláusula del contenido esencial de los derechos no protege nada que no estuviere ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución y de su propia microestructura.<sup>171</sup>

Dentro de una concepción unitaria, sistemática y finalista de la Constitución, ningún derecho puede sacrificarse enteramente a los demás derechos y bienes, por lo que las limitaciones a que tales derechos o bienes otorguen fundamento están limitadas por la necesidad de respetar el derecho constitucionalmente reconocido. Desde el momento en que las limitaciones a los derechos afectan la esencia del derecho, están desconociendo el derecho mismo, lo que nunca puede justificarse, siendo ello siempre inconstitucional.

A su vez, sostenemos que la garantía del contenido esencial de los derechos tiene un carácter declarativo y no constitutivo, ya que no crea ningún límite nuevo a los límites que sea diferente del que se desprende del valor constitucional respectivo del o de los derechos fundamentales en consideración, sólo determina un tope a la actividad legislativa limitadora de los derechos.

El contenido esencial del derecho tiene un valor absoluto, no susceptible de delimitación *ex ante* y precisado de concreción en cada caso específico. El derecho empieza y termina con su contenido abstracto constitucionalmente establecido y no puede, en consecuencia, “sufrir

169 Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, p. 126.

170 Comentarios a las leyes políticas, comentario al artículo 53 de la Constitución, Madrid, dirigida por Óscar Alzaga V., vol. IV, 1984, p. 467.

171 *Cit.* por Villacorta, Luis, *op. cit.*, p. 126, nota 369.

limitaciones vía legislativa en función de otros derechos o bienes jurídico-constitucionales, únicamente cabe establecer, mediante ley, condiciones más restrictivas o más abiertas para el ejercicio de ese contenido, del haz de facultades que componen el derecho”.<sup>172</sup>

Toda limitación autorizada por el Constituyente que realice el legislador de los derechos fundamentales, además de la necesidad de que esté expresamente autorizada por la carta fundamental, debe ser justificada; no puede ser arbitraria. Por tanto, siempre debe realizarse un juicio de constitucionalidad a partir de la relación entre la limitación del derecho y el bien que busca ser protegido por ella, lo que se concreta a través de un juicio de proporcionalidad, hay una resistencia del derecho frente a la limitación injustificada, el juicio que se emite debe estar centrado en si la limitación es razonable y proporcionada o no lo es; si nos encontramos en este último caso, la limitación constituye una inconstitucionalidad.

De esta forma, el contenido esencial de los derechos fundamentales no opera como único límite de los límites, existiendo un segundo que opera copulativamente con el primero, el cual consiste en la exigencia de que la limitación del derecho se encuentra justificada. En otras palabras, un derecho fundamental sólo puede ser objeto de limitación válida desde un juicio de constitucionalidad si está justificada constitucionalmente a través del juicio de razonabilidad y proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial de los derechos.

Hay así una prohibición de desproporción. Las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse a lo indispensable con objeto de no afectar en sus aspectos medulares otros derechos constitucionalmente protegidos. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de derecho. Es así que la Corte Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el principio de proporcionalidad resulta de la naturaleza de los derechos fundamentales, constituyendo un principio de rango constitucional en cuanto componente del Estado de derecho (BV erf GE, 19, 342; 29, 312).

<sup>172</sup> *Op. cit.*, p. 127.

El límite a los derechos constitucionales se convierte así en un problema de hermenéutica constitucional, en el que se deben configurar los límites de cada derecho respecto de los demás.

De acuerdo con todos los aspectos analizados, es posible concluir, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia comparadas, que el contenido esencial de un derecho se caracteriza por ser un concepto de valor absoluto, cuyos elementos mínimos que hacen reconocible a un derecho impiden su eliminación o transformación en otra cosa, poseyendo cada derecho su núcleo esencial, el que se descubre acudiendo a la norma constitucional, a las ideas generalmente aceptadas por los juristas y en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales.<sup>173</sup>

En esta misma perspectiva, Lucas Verdú seala que el contenido y núcleo esencial del derecho “circunscriben el intervencionismo legislativo en los derechos fundamentales porque se trata, respecto a ese núcleo esencial, de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado”.<sup>174</sup>

De esta manera, es posible construir un concepto de contenido esencial de los derechos, sosteniendo que éste ha sido dado por la complementación del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, esencial o humano, expresado en forma jurídico-positiva y garantizado por la Constitución Política de la República, excluyendo las manifestaciones externas de carácter complementario que regulan los respectivos derechos, sin poder penetrar su núcleo esencial.

Una perspectiva similar a la nuestra y en la misma línea, se encuentra en García Herrera, que señala que el contenido esencial “se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad de la persona humana”,<sup>175</sup> como asimismo, Magdalena Lorenzo, quien concluye que:

el contenido esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas es la expresión jurídico-positivada del valor intrínseco de cada

173 Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre los derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 143 y 144.

174 Lucas Verdu, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, p. 171.

175 García Herrera, Miguel Ángel, “Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, pp. 11-113.

uno de esos derechos y libertades reconocidos en la Constitución, resultado de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana... y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio).<sup>176</sup>

#### F. *La vinculación de los poderes constituidos por los derechos fundamentales*

Otra garantía normativa es la vinculación de todos los poderes públicos por los derechos, lo que está claramente establecido por la Constitución Chilena (artículo 5o., inciso 2 en armonía con el artículo 6o. y 19, núm. 26, como antes lo habían establecido entre otras Constituciones, la alemana, en su artículo 1o.3, y la española en su artículo 53.1, lo que supone una vinculación negativa para el legislador en el sentido de no poder vulnerar el contenido esencial de los derechos y una obligación positiva de respetar y promover a través de la legislación de desarrollo de los derechos, en aquellos casos en que la eficacia del derecho está restringida por el necesario desarrollo legislativo, como es el caso de los derechos socioeconómicos.

Esta vinculación del legislador por los derechos ha llevado a Kréger a afirmar que: “Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”.<sup>177</sup>

#### G. *Limitación del legislador delegado*

Otra garantía normativa de los derechos es que el Ejecutivo, a través de los decretos con fuerza de ley, no puede afectar el régimen jurídico de los derechos y garantías constitucionales (artículo 61 de la Constitución).

#### H. *El quorum agravado con que debe actuar el legislador*

También es una garantía normativa el quorum agravado establecido por el constituyente para regular determinados derechos constitucionales,

<sup>176</sup> Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, *op. cit.*, p. 242.

<sup>177</sup> Krüger, Herbert, “Die Einschränkung von Grundrechten nach Grundgesetz”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, p. 626.

a través de quorum calificado. Por ejemplo, las leyes que regulan el ejercicio del derecho a la seguridad social (artículo 19, núm. 18), la adquisición del dominio de ciertos bienes (artículo 19, núm. 23).

En el caso de la regulación de un derecho por ley orgánica constitucional, como ocurre con el derecho de asociación en partidos políticos (artículo 19, núm. 15 de la Constitución), el legislador orgánico no tiene un límite máximo en relación a la materia que le está reservada, pudiendo regular todos los aspectos de ella hasta los detalles más mínimos, los que podrían ser remitidos a la ley simple o al reglamento. Lo que el legislador orgánico sí tiene como obligación es el límite mínimo constituido por el núcleo o bases esenciales de la institución de que se trata, no pudiendo ceder dicha materia a otro tipo de precepto normativo. Por otra parte, el legislador orgánico puede también regular materias conexas que, por sí mismas no requieren dicho tipo legal. Este tipo de preceptos legales tiene control preventivo obligatorio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional.

El legislador debe especificar en cada ley, qué preceptos tienen carácter de orgánicos constitucionales y cuáles no, criterio que, en todo caso, no vincula al Tribunal Constitucional.

Con relación a las leyes de quorum calificado que regulan el ejercicio de derechos esenciales, las que no tienen un control obligatorio preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, el legislador, al calificar los preceptos legales de tales, debe ser coherente con sus propios actos y mantener dicha calificación; en todo ello acorde con el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios, de lo contrario, se afectaría, además, la seguridad jurídica. En todo caso, la calificación hecha por el órgano legislativo goza de presunción de legitimidad mientras no sea anulada por el Tribunal Constitucional, el que no se encuentra vinculado por la calificación hecha por el legislador.

### *I. El procedimiento de reforma constitucional agravado para los derechos fundamentales*

Finalmente, en la misma línea de garantía normativa es el procedimiento agravado de reforma para los capítulos I y III de la Constitución, previsto en el artículo 116 de la carta fundamental.

### 5. *Las garantías de control y de fiscalización*

Las garantías de control y de fiscalización son los instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que en la esfera de los derechos fundamentales o esenciales, tienen la actividad de los otros órganos y funciones del Estado.

Entre tales garantías se encuentran las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados, la fiscalización de los actos del gobierno (artículo 48, núm. 1 de la Constitución); como asimismo, la acusación constitucional por grave vulneración de la Constitución y de sus preceptos sobre derechos fundamentales o por notable abandono de deberes constitucionales, en materia de derechos esenciales o derechos humanos (artículo 48, núm. 2 de la Constitución).

En otros ordenamientos constitucionales existen, además, la figura del defensor del pueblo o defensor de los derechos humanos, las interpelaciones parlamentarias, el ejercicio del derecho de petición, etcétera.

### 6. *Las garantías de interpretación*

Las garantías de interpretación se refieren a los mecanismos destinados a garantizar que la interpretación de los derechos se haga para favorecer su ejercicio y su disfrute.<sup>178</sup> En tal sentido está la obligación de los órganos del Estado, todos y cada uno de ellos, de respetar y de promover los derechos esenciales establecidos en la Constitución y también en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes (artículo 5o., inciso 2 de la Constitución), como asimismo, el deber del Estado de promover la integración armónica de todos los sectores sociales y asegurar la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional (en todas y cada una de sus dimensiones: política, social, cultural, económica), tal como lo establece el artículo 1o., inciso final, de la Constitución, lo que obliga a remover todos los obstáculos que impidan o dificulten tales objetivos.

A su vez, el artículo 6o. de la Constitución establece la vinculación directa a la carta fundamental de todos los órganos y personas, lo que significa que su actuación nunca puede afectar el ejercicio de los derechos más allá de lo que autoriza el propio texto constitucional y las obli-

178 Peces-Barba, Gregorio, *Curso...*, op. cit., p. 510.

gaciones derivadas de los tratados en materia de derechos humanos que el Estado de Chile ha ratificado y se encuentran vigentes, los cuales también contienen normas interpretativas en materia de derechos, tal como se analiza en este ensayo.

### 7. *Las garantías institucionales*

Es posible definir las garantías institucionales como “factores determinados material y jurídicamente por la Constitución y dotados de una función de ordenación en el seno del Estado y la Sociedad”, como sostiene Edgard Schmidt-Jorttgig.<sup>179</sup>

Se identifican las garantías institucionales por la dirección de la protección, la intensidad de la protección y la dimensión temporal de la protección.

La dirección de protección plantea que la protección de la garantía institucional no sólo es exigible frente a las leyes en un sentido formal, sino frente a cualquier tipo de acto normativo.

La finalidad de la garantía institucional es la preservación de una institución ante su posible deformación en sus aspectos sustantivos o su eliminación a través de normas jurídicas. Un ejemplo de garantía institucional en nuestro sistema constitucional es la autonomía municipal, el rol de los partidos políticos, el rol de los medios de comunicación social (televisión, radio, prensa), autonomía universitaria, entre otros.

Las garantías institucionales tienen por objeto proteger instituciones públicas como institutos de la sociedad civil.

Como fue planteado por Friedrich Klein, la garantía institucional protege y garantiza su objeto únicamente frente a medidas que impliquen su supresión, anulación o una transformación de efectos equivalentes, como puede ser la desnaturalización de la institución,<sup>180</sup> la cual sólo puede concretarse por reforma constitucional.

Toda garantía institucional tiene un núcleo esencial que es resistente a cualquier transformación y una zona exterior al núcleo esencial expuesta a la evolución y al cambio, en la que no es aplicable el efecto específico de protección. Esta zona exterior está constituida por elementos ac-

179 Gavara de Cara, Juan Carlos, *op. cit.*, p.96

180 *Idem.*

cidentales, cuya desaparición no pone en cuestión la persistencia de la institución.

La garantía institucional se relaciona con la reserva de ley que posibilita su desarrollo normativo y que posibilita al legislador para regular la zona exterior de la institución, dentro de los límites permitidos por la Constitución. Así, el principal destinatario del respeto de la garantía institucional es el órgano legislativo.

El control del órgano legislativo en el respeto de la garantía institucional corresponde a los órganos encargados de hacer efectiva la supremacía constitucional, Tribunal Constitucional y tribunales de justicia.

En el derecho comparado, especialmente los tribunales constitucionales de Alemania y España han adoptado el criterio que el nivel de garantía institucional de una institución está dado por sus caracteres o rasgos constitutivos y su contenido básico, el que debe ser determinado mediante procedimientos exclusivos de argumentación jurídica, teniendo presente el complejo organizacional y el ámbito competencial, considerados indispensables para que la institución desempeñe la función que se le atribuye convencionalmente en el ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Constitucional español de fecha 28 de julio de 1981 y 26 de abril de 1988; sentencia del Tribunal Constitucional alemán Nordrhein-Westfalen, Schmitt-Spiegel, entre otras).

El punto más delicado del análisis de la garantía institucional es la determinación del núcleo esencial de la institución, lo que se logra a través de un método de tipo cualitativo, que permite determinar la imagen característica presente en el momento histórico constituyente. Esta imagen característica se constituye por los rasgos y características fundamentales de la institución. Para ello es necesario aislar las condiciones que utilizó el constituyente para establecer la capacidad estructuradora de la institución. En función de tales condiciones se investiga y determina el consenso colectivo; vale decir, los mecanismos que posibilitan que la concepción generalizada prevalezca en la sociedad (imagen de la institución que tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar).

Por otra parte, debemos aplicar a la materia en análisis el principio de la prohibición de excederse en sus competencias por parte de los órganos del Estado. Cada órgano no tiene más competencias que las que expresamente le otorga la Constitución y las leyes, como establece el artículo sexto de la Constitución. Este principio lleva al análisis de la proporcionalidad de la intervención en relación con la protección del contenido

esencial o núcleo de la garantía institucional. Así, una medida de intervención no proporcional constituye a tal medida interventiva en ilegítima e inconstitucional.

A su vez, el legislador, al conducir la modificación en una transformación radical de la institución, al introducir nuevos elementos que se orientan a la ruptura, de acuerdo con la concepción de la institución que rige en un momento determinado, transforma dicha modificación en una actuación inconstitucional.

La garantía institucional protege a una institución sólo nombrada por la Constitución, la que es configurada por el legislador, a diferencia de los derechos constitucionales o fundamentales, cuyo reconocimiento está explicitado constitucionalmente y el legislador sólo puede normarlo externamente, sin afectar su núcleo esencial configurado por la carta fundamental.

#### 8. *Las garantías jurisdiccionales de los derechos*

La piedra angular de la defensa de los derechos esenciales se encuentra en el control jurisdiccional. Sólo cuando existe tal control puede sostenerse la existencia de una protección de los derechos. Éste es el ámbito de lo que Capelletti denominaba la “*giurisdizione costituzionale della libertà*”,<sup>181</sup> y que el profesor Fix-Zamudio denomina “derecho procesal de la libertad”.<sup>182</sup> Como él ha señalado:

los citados derechos requieren de un procedimiento en el cual imperen la celeridad, la economía procesal; amplias facultades para el juzgador, incluyendo las de suplir los errores y deficiencias del demandante, así como en la aportación de elementos de convicción, un sistema flexible de medidas cautelares, y especialmente puesto que los anteriores elementos podemos encontrarlos con más o menos fuerza en otros sectores del enjuiciamiento, que los efectos del fallo protector sean esencialmente preventivos y reparadores; es decir, se requiere un sistema protector, en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales y, en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con

181 Capelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di Costituzione delle leggi nel Diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968. También, *La giurisdizione costituzionale della libertà*, Milán, Italia, 1971.

182 Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1982.

exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes, y finalmente, medidas enérgicas y rápidas de ejecución del fallo judicial que otorgue la tutela.<sup>183</sup>

Estas garantías jurisdiccionales pueden ser brindadas por los tribunales ordinarios o por el Tribunal Constitucional.

#### *A. Por el juez ordinario*

Los tribunales de justicia constituyen la instancia natural y ordinaria que presenta más garantías para la protección de los derechos por su objetividad, imparcialidad y preparación profesional. Ello requiere que los tribunales gocen de una efectiva independencia frente a los órganos políticos y que exista una efectiva salvaguardia de los derechos procesales del justiciable.

Los derechos fundamentales, por su especial naturaleza de ser derechos que trascienden el ámbito de la persona afectada, requieren de medios específicos para su defensa, diferentes a los establecidos en el sistema ordinario de protección judicial.

Además, puede sostenerse que respecto de los derechos fundamentales, la misión de los tribunales ordinarios es trascendental, ya que para las personas constituyen el único medio institucionalizado ante el cual pueda reclamarse su efectividad ante actos u omisiones de los órganos públicos o de particulares que amenacen, perturben o priven de su legítimo ejercicio a los respectivos titulares de ellos.

Esta obligación de protección de los derechos, establecida por el artículo 50., inciso 2 de la Constitución chilena, se ve fortalecida por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, el cual prescribe:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal decisión sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estado partes se comprometen:

183 *Ibidem*, p. 49.

- a) A garantizar que la autoridad competente provista por el sistema legal del Estado decidir sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial.
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Esta obligación del Estado debe concretarse a través de medios judiciales de derecho interno. Sólo cuando éstos no existen o no sean idóneos o efectivos, o ellos se hayan agotado, es posible recurrir a los mecanismos internacionales de protección. Así estos últimos son mecanismos subsidiarios y complementarios del derecho interno.

En conformidad con el derecho procesal constitucional chileno, la protección de los derechos fundamentales está dada por los recursos o acciones de reclamación de nacionalidad, de indemnización por error judicial, de protección y de amparo, sin perjuicio de otros de menor relieve, los cuales constituyen garantías de ejercicio y disfrute de los derechos. Ellos protegen los derechos fundamentales de manera directa y con efectos reparadores.

En el derecho comparado para la protección de la libertad personal se ha desarrollado el *habeas corpus*, que en el derecho nacional se denomina “recurso de amparo”. Asimismo, nuestro “recurso de protección” recibe en el derecho comparado la denominación de acción de “amparo” o “tutela” de los derechos, con distintas modalidades.<sup>184</sup> En el derecho comparado iberoamericano se ha desarrollado asimismo la acción de *habeas data*.<sup>185</sup>

Otro medio de protección y garantía de los derechos en el sistema constitucional chileno está constituido por el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80 de la Constitución), que constituye una garantía jurisdiccional ejercida por la Corte Suprema de Justicia respecto de la regulación de los derechos por preceptos legales.

184 Véase al respecto Noguiera Alcalá, Humberto, *Dogmática constitucional*, Chile, Universidad de Talca, 1997, pp. 198-282.

185 Véase Varios autores, *Revista Ius et Praxis*, año 3, núm. 1, dedicado a “Derechos de autodeterminación informativa y acción de habeas data en Iberoamérica”, Talca, Chile, 1997.

Sin perjuicio de estos remedios procesales específicos, nos encontramos con remedios procesales complementarios y remedios procesales indirectos, (siguiendo a Fix-Zamudio).<sup>186</sup>

Los remedios procesales complementarios son aquellos que no han sido generados para proteger los derechos fundamentales, y se utilizan para sancionar la violación de ellos, cuando ésta se ha consumado. Ejemplo de ello es el juicio político o acusación constitucional; otro ejemplo es la responsabilidad extracontractual del Estado y de sus agentes.

Los remedios procesales indirectos son aquellos configurados para la protección de los derechos que tienen un carácter ordinario (procesos civiles, penales, laborales, administrativos, etcétera).

Respecto de los remedios procesales específicos, el juez es el único garante de la efectividad real de los derechos fundamentales cuando otras personas, la administración, el parlamento mediante actos administrativos o las resoluciones judiciales, infringen o vulneran tales derechos.

En nuestro país, a diferencia de muchos otros (España, Portugal, Italia, Alemania, Perú, Colombia) no hay una acción o recurso procesal cuando son los propios tribunales ordinarios superiores de justicia los que vulneran los derechos fundamentales, tales como las garantías del debido proceso, en Chile no existe un recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional, el cual es necesario que sea creado, tal como existe, por ejemplo, en España o en Alemania, en Colombia o en Perú.

En nuestra carta fundamental sobresalen cuatro instrumentos procesales específicos para tutelar los derechos fundamentales: el recurso (acción) de amparo o *habeas corpus*, artículo 21; el recurso (acción) de protección (amparo o tutela en Iberoamérica), artículo 20; el recurso (acción) de reclamación de nacionalidad, artículo 12, y la acción de indemnización por error judicial, artículo 19, núm. 7, literal i). Existe, asimismo, un instrumento procesal específico de carácter legal para proteger el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica, denominado amparo económico, el cual está regulado por la ley núm. 18.971, del 10 de marzo de 1990.

Las acciones jurisdiccionales constitucionales protegen los derechos fundamentales contenidos en la carta fundamental y los derechos incorporados a la Constitución material por medio del artículo 5o., inciso 2, contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigen-

186 *Ibidem*, pp. 32-35.

tes, de manera similar a como lo establecen otras Constituciones latinoamericanas como hemos visto anteriormente.

### B. *Por cortes o tribunales constitucionales*

En Chile no existe como en el derecho comparado latinoamericano (Colombia, Perú, Guatemala, Bolivia) o europeo (Austria, Alemania, España, Italia), una tutela en sede constitucional de los derechos fundamentales radicada en cortes o tribunales constitucionales.<sup>187</sup>

### 9. *Las garantías internacionales de protección de los derechos fundamentales o derechos humanos*

En el caso que los medios jurídicos internos de reparación de los derechos humanos no existan, se hayan agotado sin tener éxito o no sean tales medios efectivos, la protección de los derechos puede hacerse a través de los mecanismos internacionales.<sup>188</sup>

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

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

187 Véase al respecto *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, CEC, 1984; Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 210 y ss.; García B., Domingo; Fernández Segado, F. *et al.*, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson y otras, 1997.

188 Al repesto, véase, Buergenthal, Thomas, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, IID, Civitas, 1994; *Derecho internacional de los derechos humanos*, Chile, editado por Cecilia Medina, 1990; Medina, Cecilia (coord.), *El sistema interamericano de derechos humanos*, Chile, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1992; *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica, IIDH, 1985.

En esta perspectiva, una sentencia de cualquier tribunal nacional puede comprometer el honor y la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, si falla un asunto ignorando el derecho internacional de los derechos humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado en la materia. Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado, en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Para citar un solo ejemplo, la determinación de si un precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos es de ejecución inmediata (*self executing*) o no, ello está determinado por el derecho internacional y su órgano de aplicación, que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas y de sus sentencias. Al respecto, los tribunales nacionales deben seguir esa interpretación, ya que si no lo hacen comprometen gravemente la responsabilidad internacional y el honor del Estado, además de su responsabilidad interna de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado respectivo, la que se puede hacer efectiva a través de la acusación constitucional por notable abandono de deberes (artículos 48, núm. 2 y 49, núm. 1 de la Constitución).

Los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes constituyen los intérpretes últimos en relación con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

#### *A. El sistema universal de protección de los derechos humanos*

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 representa el acuerdo práctico de todos los pueblos y Estados, en definitiva, el acuerdo de la humanidad en materia de derechos humanos.

En el seno de Naciones Unidas existe un conjunto de instituciones destinadas a proteger los derechos humanos; entre ellas cabe destacar la División de Derechos Humanos, dentro de la Secretaría General de las Naciones Unidas; la Comisión de Derechos Humanos, una serie de subcomisiones, las que se encuentran en el ámbito del Consejo Econó-

mico y Social, y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

En el ámbito de Naciones Unidas, los principales instrumentos protectores y garantizadores de derechos humanos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como asimismo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos los que se encuentran ratificados por Chile y vigentes. A través de estos pactos se establece un mecanismo específico de control de los derechos humanos, el que no estaba considerado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consta de dos ámbitos: el de información y el de reclamación.<sup>189</sup>

El sistema de control mediante informes se aplica a ambos pactos, el cual surge de la obligación del Estado parte, de entregar informes periódicos sobre el cumplimiento en su propio ordenamiento jurídico, de las obligaciones que derivan de ambos tratados. Tales informes son estudiados por el Comité de Derechos Humanos, cuando su contenido tiene relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o por el Consejo Económico y Social, cuando tiene relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aun cuando el Consejo Económico y Social delegó tal función en 1987 en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este control internacional tiene como única consecuencia la presión política internacional, con objeto de impedir la transgresión de los derechos o abogar por su restablecimiento.

El control por vía de reclamación sólo es aplicable en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Complementario, concretándose a través de denuncias de Estados partes ante el Comité de Derechos Humanos y las denuncias de individuos de los Estados partes contra los Estados, ante el Comité de Derechos Humanos.

#### a. Las demandas interestatales

Estas denuncias sólo son practicables respecto de Estados partes que hayan autorizado la competencia del Comité de Derechos Humanos. El

<sup>189</sup> Véase Medina, Cecilia, *Derecho internacional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 3-58.

Estado parte denunciante debe enviar una comunicación escrita al Estado parte denunciado, con objeto de que éste declare lo que estime pertinente respecto del agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos de que se disponga, de acuerdo con las normas del derecho internacional. Cumplidos tales requisitos, el procedimiento a seguir está establecido en el artículo 41 del Pacto, en sus literales d), g), y h). El examen de la demanda y de las comunicaciones de los Estados partes se realizar en forma reservada. Transcurridos doce meses desde el recibimiento por el Comité de Derechos Humanos, éste debe presentar un informe en el cual sólo se expondrán los hechos y la solución, si se produjo un acuerdo amigable. Si, por el contrario, no hay solución amistosa, el Comité expondrá los hechos, los cargos y descargos hechos por los Estados partes interesados a través de exposiciones escritas y verbales. Si no existe una solución satisfactoria para los estados partes interesados, el Comité está facultado para designar una Comisión Especial de Conciliación.

#### *b. Las denuncias individuales*

Las denuncias individuales están establecidas en el artículo 1o. del Protocolo Facultativo, el cual establece:

Todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte en el presente protocolo.

Este mecanismo sólo puede ser utilizado una vez agotadas todas las instancias jurisdiccionales internas del Estado denunciado, como asimismo, sin que el asunto haya sido sometido a otro arreglo internacional. El procedimiento concluye con un informe, sin que la persona afectada tenga derecho a obtener una reparación basada en tal informe.

#### *B. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*

El sistema americano de protección de los derechos humanos se encuentra en el marco de la Organización de Estados Americanos, cuya

Carta fue aprobada en 1948, y en 1969, en la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos (San José de Costa Rica) se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que entró en vigor en 1970, siendo ratificado por el Estado de Chile, donde se encuentra plenamente vigente.

La Convención Americana de Derechos Humanos se aplica a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados partes, no siendo necesario que ellas tengan un estatus de nacional, y en todos los ámbitos espaciales donde tengan validez los órganos jurídicos de ellos.<sup>190</sup>

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 33, como organismos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos por los Estados partes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte en adelante).<sup>191</sup>

#### a. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión está integrada por miembros elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA en adelante), de una lista de candidatos propuestos por los Estados miembros que integran la OEA, tal como lo establecen los artículos 34 al 36 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en adelante). Tales postulantes deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos (artículo 34). Ellos son elegidos por cuatro años y sólo pueden ser reelegidos una vez. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional, de cada Estado parte (artículo 37).

190 Véase Nieto Navia, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, IIDH, 1988; Medina, Cecilia, *El sistema interamericano de derechos humanos*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1992.

191 Véase Piza, R. E. y Trejos, G., *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José de Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989; *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Editorial IIDH, 1985; Gros Spiel, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Chile, Jurídica de Chile, 1991.

La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, teniendo las funciones y atribuciones que precisa el artículo 41 de la CADH. Ellas son las siguientes:

- a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.
- b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.
- c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.
- d) Solicitar de los gobiernos de los estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.
- e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestar el asesoramiento que éstos le soliciten.
- f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad en conformidad con lo dispuesto en los artículos 44-51 de esta Convención, y
- g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

El artículo 42 de la CADH dispone que:

Los estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Asimismo, el artículo 43 seala que: “Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite, sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”.

En lo referente a quiénes pueden presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la convención por un Estado parte, los artículos 44 y 45 de la CADH sealan que pueden ser:

- a) Cualquier persona o grupo de personas.
- b) Una entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización.
- c) Los estados parte que hayan reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos, establecidos en la convención.

Para que una petición o comunicación presentada por las personas, entidades gubernamentales o Estado parte, que son los sujetos legitimados, sea admitida por la Comisión, debe cumplir los siguientes requisitos establecidos por el artículo 46 de la CADH:

1. a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44, la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1. a) y 1.b) del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Las causales de inadmisibilidad de las peticiones o comunicaciones hechas a la comisión se producen cuando:

a) Falta alguno de los requisitos de admisibilidad antes sealados y establecidos en el artículo 46, CADH; b) no exponga hechos que caractericen una violación de derechos garantizados por la convención; c) cuando resulte de la exposición del peticionario o del Estado, manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y d) sea sustancialmente la reproducción de una petición o comunicación anterior ya examinada por la comisión u otro organismo internacional.

Una vez admitida a tramitación la petición o comunicación, se sigue un procedimiento regulado por el artículo 48 de la CADH, en los siguientes términos: a) se solicitarán informaciones al gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad sealada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso; b) recibida las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificar si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandar archivar el expediente; c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes; d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizar una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados, f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

En el caso de situaciones graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna los requisitos formales de admisibilidad.

En la situación de que se haya llegado a una amistosa solución con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f) del artículo 48, la Comisión redactar un informe que ser transmitido al peticionario y a los estados partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al secretario general de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Si no se llega a una solución, dentro del plazo que fije el estatuto de la Comisión, ésta redactar un informe en el que expondr los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión un nime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e) del artículo 48.

El informe ser transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podr emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. En ella la Comisión har las recomendaciones pertinentes y fijar un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada.

Transcurrido el periodo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

## *b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

### *a) Integración y funcionamiento*

La Corte se integra por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de de-

rechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. En ningún caso puede haber dos jueces de la misma nacionalidad, según determina el artículo 52.

Los jueces de la Corte son elegidos por un periodo de seis años y sólo pueden ser reelegidos una vez, según dispone el artículo 54 de la CADH.

El *quorum* para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces. La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

#### b) *Competencia y funciones*

La legitimación activa para someter casos a la Corte corresponde únicamente a la Comisión y a los estados partes, tal como señala el artículo 61. A su vez, para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que se hayan agotado los procedimientos previstos en los artículos 48-50 ante la Comisión, que ya han sido descritos con anterioridad.

#### c) *La función jurisdiccional de la Corte*

El artículo 62 de la CADH establece el sistema de reconocimiento por lado de los estados partes, de la jurisdicción y competencia de la Corte. Tal disposición señala al respecto:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deber ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitir copias de la misma a los otros estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

El artículo 61.1 de la Convención seala que “sólo los estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. En tal sentido, las personas no tienen el derecho de provocar el conocimiento de la Corte ni de ser parte del procedimiento. Los individuos sólo pueden asistir a los delegados designados por la Comisión, como también formular observaciones pertinentes en el caso de que sea la Comisión la que inicie el procedimiento.

Tal procedimiento se inicia con la interposición de la demanda ante la Secretaría de la Corte. Para ser admitida a tramitación es necesario que se haya agotado el procedimiento ante la Comisión. Así, la Corte sólo conoce de los casos previamente planteados y admitidos por la Comisión.

La Corte, una vez que entra a conocer de una materia específica, puede adoptar diferentes medidas, las que están explicitadas en el artículo 63 de la CADH, de la siguiente forma:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

El procedimiento ante la Corte tiene dos etapas: la etapa escrita y la etapa oral.

En la etapa escrita tiene lugar la presentación de memorias y contra-memorias, como asimismo, la réplica y réplica. Para ello, la Corte fijar plazos determinados, dentro de los cuales, cualquiera de las partes podrá interponer excepciones preliminares, las cuales no suspenderán la tramitación del proceso.

La formulación de la memoria corresponde al demandante, expresándose en ella una exposición de los hechos sobre los que se fundamenta la demanda, una exposición del derecho y las conclusiones. La contra-memoria se concreta por parte del Estado, parte demandada, debiendo contener el reconocimiento o la contradicción de los hechos mencionados

en la memoria, si lo considera conveniente, una exposición complementaria de los hechos, las observaciones relativas a la exposición del derecho establecido en la memoria, una nueva exposición del derecho y las conclusiones. Terminada esta etapa, la Corte decidirá, si lo considera conveniente, autorizar la presentación de réplica y dúplica.

Recibida toda la documentación, la Secretaría de la Corte la transmite a los jueces, como asimismo, a los representantes de las partes, finalizando así la etapa escrita.

La etapa oral consiste en la audiencia o vista pública. En ella se da audiencia a las partes, se convoca a los testigos y se realizan las pruebas pertinentes.

#### *d) El proceso concluye con la sentencia*

El fallo de la Corte será siempre motivado. En caso de no existir una opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual, según dispone el artículo 66 de la CADH.

La sentencia o fallo de la Corte es definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

La parte del fallo que establezca una indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, según dispone el artículo 68.2.

Finalmente, el fallo de la Corte ser notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes de la Convención (artículo 69).

#### *e) Otras competencias de la Corte*

Además de la función jurisdiccional analizada, la Corte tiene una función consultiva, que se encuentra regulada en el artículo 64 de la CADH, la que seala en sus dos párrafos lo siguiente:

1. Los estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados America-

nos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Así, se ofrece un método judicial de carácter consultivo, destinado a colaborar con los estados partes a cumplir y aplicar correctamente los tratados sobre derechos fundamentales.

El procedimiento comienza con una solicitud dirigida a la Corte, en la que se hacen constar las preguntas específicas sobre las que se requiere la opinión de la Corte, las disposiciones que deben ser interpretadas, el nombre de los representantes del Estado o del órgano.

Finalmente, como dispone el artículo 65 de la CADH: “la Corte someter a consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, sealar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

## EL ESTADO ES EL PRINCIPAL RESPONSABLE DE LA EFECTIVA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En efecto, la lucha por la vigencia de los derechos humanos ha sido, principalmente, el esfuerzo por limitar el ejercicio del poder estatal a los imperativos que emanan de la dignidad de la persona humana y sus derechos. El Estado y sus agentes tienen la responsabilidad de la efectiva vigencia de los derechos humanos dentro del ámbito territorial donde ejercen su poder y jurisdicción, siendo función primordial de éstos la prevención y sanción de toda clase de conductas delictivas. El Estado es el que debe garantizar el bien común y ejercer sus potestades respetando y asegurando los derechos humanos.

Los derechos humanos constituyen así obligaciones que asume el gobierno del Estado respectivo, ejerciendo su potestad para asegurarlos, respetarlos, promoverlos y garantizarlos. Como consecuencia de ello, el Estado y sus agentes responden ante la comunidad internacional por su violación. Conceptualmente, sólo los estados son quienes violan los derechos humanos; las otras vulneraciones a la dignidad de la persona y al ordenamiento jurídico estatal son delitos si ellos son cometidos por particulares (homicidios, robos, violaciones, injurias, calumnias, etcétera).

El rasgo fundamental y característico de las violaciones de los derechos humanos es que son cometidos por el poder público o a través de las potestades, competencias y atribuciones que éste pone a disposición de los agentes estatales u otros que lo ejercen.

En situaciones excepcionales o límites, como es el caso de guerra interna, donde los insurgentes o la guerrilla ejercen su poder sobre un área territorial en forma relativamente estable, poseyendo una especie precaria de poder público, también están obligados, al igual que el gobierno regular del Estado, a actuar dentro del respeto del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos; de lo contrario, no sólo cometerán delitos dentro del ordenamiento jurídico del

respectivo Estado, sino que serán, además, responsables de la violación de los derechos humanos.

El Estado tiene la obligación de respetar los derechos, vale decir, su ordenamiento jurídico completo, con objeto de respetar y asegurar el efectivo goce a las personas que se encuentran dentro de su territorio y jurisdicción de los derechos humanos, siendo ilegítimo e ilícita las acciones u omisiones de sus agentes, que en el ejercicio de sus competencias y atribuciones, o abusando de ellas, violen tales derechos.

La obligación del Estado de garantizar los derechos le exige a éste asegurar la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos por las personas, restableciendo el derecho, reparando los daños causados, investigando seriamente los hechos para establecer la verdad, determinar los responsables y aplicarle las sanciones pertinentes, civiles, penales y administrativas.

|   |     |
|---|-----|
| Las limitaciones legítimas a los derechos humanos . . . . .   | 141 |
| I.    El alcance y forma de las limitaciones ordinarias y el<br>orden público . . . . .                                 | 141 |
| II.   Las limitaciones extraordinarias a los derechos humanos<br>en el marco de un Estado de derecho constitucional . . | 143 |

## LAS LIMITACIONES LEGÍTIMAS A LOS DERECHOS HUMANOS

Tanto el derecho constitucional como el derecho internacional de los derechos humanos consideran legítimas ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos asegurados en dos tipos de situaciones diferentes.

En situaciones de normalidad institucional, el ejercicio de los derechos puede ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio en virtud de razones de orden público.

En situaciones de anormalidad institucional, el orden constitucional e internacional de los derechos humanos posibilita el establecimiento de estados de excepción constitucionales, bajo los cuales los gobiernos están autorizados para restringir o suspender temporalmente, por el lapso más breve posible que permita superar la situación de anormalidad, el ejercicio de determinados derechos humanos, no pudiendo nunca afectarse el ejercicio de otros, los que están expresamente contemplados tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4o.).

### I. EL ALCANCE Y FORMA DE LAS LIMITACIONES ORDINARIAS Y EL ORDEN PÚBLICO

Las limitaciones ordinarias a los derechos se basan en conceptos jurídicos indeterminados, ya que no se encuentran conceptualmente delimitados con precisión siendo susceptibles de interpretaciones, tales como “bien común”, “orden público”, “moral pública”, “utilidad” o “salubridad pública”, “seguridad pública”, “interés nacional”, entre otros.

Es posible reconducir el conjunto de tales nociones en que se encuentra comprometida la relación entre las personas y cuerpos intermedios con la autoridad estatal al concepto más amplio y omnicompreensivo de orden público.

El concepto de orden público ha sido delimitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el conjunto de “condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios” (CIDH, OC5-85, la Colegiación obligatoria de periodistas, párrafo 64). Tales valores y principios se encuentran vinculados con el estandar o parámetros de una sociedad democrática y no pueden afectar el contenido o núcleo esencial del derecho asegurado y protegido. El bien común o el orden público no pueden invocarse como “medios para suprimir un derecho garantizado en la convención, además de que deben interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en consideración —como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos— “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la convención Americana de Derechos Humanos” (CIDH, OC5-1986, párrafo 67).

En el ámbito formal, la Convención Americana de Derechos Humanos y las demás convenciones sobre la materia determinan que en el Estado de derecho constitucional democrático, las limitaciones a los derechos sólo pueden concretarse de acuerdo con el principio de reserva legal; vale decir, solo a través de leyes. De esta manera, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial están facultados para dictar normas que limiten o regulen el ejercicio de derechos, como tampoco para aplicar más limitaciones o restricciones que las que hayan sido establecidas por las leyes que se dicten por razones de interés general y con el objetivo para el cual han sido sancionadas, como señala el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto de este artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha precisado “que la palabra leyes... significa norma jurídica de carácter general. Ceida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento previsto en las Constituciones de los estados partes para la formación de las leyes” (CIDH La expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH, párrafo 38).

## II. LAS LIMITACIONES EXTRAORDINARIAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El ejercicio de algunos derechos puede verse expuesto a restricciones o suspensiones temporales (lapso estrictamente necesario para superar la situación de excepción), frente a situaciones de guerra, graves alteraciones del orden público, catástrofes naturales o producidas por el hombre, entre otras hipótesis aceptadas.

Tales situaciones posibilitan el establecimiento de Estados de excepción (asamblea, sitio, emergencia, catástrofe u otra denominación), que permiten limitar el ejercicio de determinados derechos, lo que constituye una medida excepcionalísima, cuando ello se constituye en “el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática” como ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías. Artículos 27.2 y 25.1 de la CADH, párrafo 20).

En la misma opinión consultiva citada, la Corte Interamericana agrega, teniendo la experiencia de los abusos que se han cometido en América Latina en la materia, que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a la que alude el artículo 3o. de la Carta de la OEA”, como asimismo, que el Estado de excepción no implica “la suspensión temporal del Estado de derecho”, ni autoriza a “los gobernantes a aportar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceirse” (CIDH, OC -8/87, párrafo 24), ya que tal situación sólo habilita al gobierno para modificar algunos límites legales de la actuación del poder público.

Los estados de excepción, en todo caso, están sometidos a un conjunto de condiciones que deben ser cumplidas por los estados y controlados por el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Ellas son las siguientes: a) el de ser estrictamente necesarios para atender y superar la situación de excepción o emergencia; b) sólo pueden suspenderse las garantías que guarden estricta relación con las medidas excepcionales para atender la emergencia (proporcionalidad); c) las garantías deben quedar suspendidas el tiempo estrictamente necesario para superar la situación de excepción o emergencia (temporalidad); d) exista un núcleo esencial de derechos que nunca puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia, aún la de desaparición o desintegración del Estado, el cual

se encuentra en el artículo 27 de la CADH; e) el acto jurídico de establecimiento del Estado de excepción o suspensión de garantías debe publicarse a través de los medios oficiales del derecho interno del Estado y comunicarse a la comunidad internacional, de acuerdo con las pautas que establece la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>192</sup>

<sup>192</sup> Al respecto Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática constitucional*, Chile, Universidad de Talca, 1997, pp. 395-368.

SEGUNDA PARTE  
DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS ESENCIALES  
DE LA PERSONA HUMANA

I. DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHOS HUMANOS

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.

1. *La dignidad de la persona como fundamento suprapositivo y supraconstitucional*

Ser persona es un rango que sólo tienen los seres humanos, careciendo de dicha dignidad los seres infrahumanos.

La persona conserva su dignidad desde el nacimiento hasta su muerte. No hay nada más valioso e importante en la creación que la persona humana, que toda persona, que cualquier persona.

Las personas nunca pueden ser instrumentos, sino que siempre por su dignidad reclaman un respeto de ser siempre sujetos y no objetos, por ser siempre fin en sí mismos, lo que llama al reconocimiento de su personalidad jurídica y todo lo que necesita para vivir dignamente.

Esta dignidad de la persona implica reconocer al otro como otro yo, en las relaciones interpersonales, como asimismo, corresponde especialmente al Estado reconocer, garantizar y promover la dignidad y los derechos humanos removiendo los obstáculos que se oponen a ello.

La dignidad de la persona emana de su naturaleza de ser moral, de ser libre y racional, por su superioridad sobre todo lo creado, por ser siempre sujeto de derecho y nunca instrumento o medio para un fin. La persona es el valor jurídico supremo y su dignidad es independiente de su edad,

capacidad intelectual o estado de conciencia. La dignidad de la persona es la que se le debe a la persona en su calidad de tal, lo que es adecuado a la naturaleza humana como ser personal, su respeto es la base del Estado de derecho.

La dignidad de la persona no es posible definirla, sólo podemos apreciar en cada realidad concreta su vulneración, la que se concreta cada vez que perturbamos, amenazamos o privamos de sus derechos esenciales a la persona, cada vez que la denigramos o humillamos, cada vez que la discriminamos, cada vez que ponemos obstáculos para su plena realización, cada vez que el Estado la utiliza como un medio o instrumento de su propio fin.

De esta forma, la dignidad de la persona constituye una realidad ontológica supraconstitucional al igual que los derechos que le son inherentes el Estado y la Constitución sólo la reconocen y garantizan, pero no la crean. Así, el Estado y el ordenamiento jurídico que lo regula debe excluir cualquier aproximación implementalizadora de la persona, toda visión del Estado totalitario o autoritario como fin en sí mismo. Ser persona es ser un fin en sí mismo. Se viola la dignidad humana cuando la persona es convertida en un objeto o se constituye como un mero instrumento para el logro de otros fines.

A su vez, como sostiene González Pérez, la dignidad de la persona se refiere sólo al ser humano, no a las personas morales o jurídicas, tal como también lo señala Lautaro Ríos.<sup>193</sup> La dignidad de la persona constituye el fundamento de la libertad, la igualdad y de los derechos. La dignidad fundamenta la obligatoriedad moral y jurídica de respetar los bienes en que consisten los derechos humanos.

La dignidad de la persona tiene un contenido integrador de los vacíos o lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y en la propia Constitución, de reconocimiento de derechos implícitos.

La dignidad de la persona es un elemento de la naturaleza del ser humano; corresponde a todos por igual, a diferencia de la honra o prestigio de las personas o de la dignidad de las funciones que la persona desarrolla, que son bienes que pueden aumentar, disminuir o incluso desaparecer, dependiendo de cada persona y de las circunstancias concretas.

<sup>193</sup> Ríos, Lautaro, "La dignidad de la persona", *Discurso inaugural de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Mimeo, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, noviembre de 1994, p. 20.

Son esta dignidad y los derechos esenciales que se desprenden de ella, los que deben ser protegidos, garantizados, efectivizados y promovidos, a través de mecanismos eficaces en el ámbito nacional e internacional o supranacional.

Sin embargo, la persona humana no es una abstracción ni un individuo aislado; la persona es un ser social; convive con las demás personas en sociedad y actúa en el complejo mundo de la vida social y política. Asimismo, los derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona humana deben ser examinados no en forma aislada, sino formando parte del complejo sistema de derecho, los que se interrelacionan y se limitan recíprocamente.

Como juristas nos interesa analizar el tema y reflexionar sobre él, desde nuestra especialidad, el derecho público, intentando desarrollar una dogmática y hermenéutica que contribuya a consolidar en nuestra sociedad y nuestro desarrollo jurídico nacional e internacional la concreción de la dignidad y de los derechos fundamentales o derechos humanos. Nos interesa contribuir con estas reflexiones a formar conciencia y conductas coherentes con la dignidad de la persona y los derechos, lo que es fundamental para lograr un Estado constitucional de derecho más real y eficaz, una convivencia internacional más humana, en la que sea posible el desarrollo integral de la persona humana, de cada persona humana y de todas las personas humanas dentro del bien común, tanto nacional como internacional.

### *La conciencia universal de respeto a la dignidad humana*

Sólo al término de la Segunda Guerra Mundial todos los pueblos de la tierra inician una nueva etapa de convivencia pacífica, la que tiene como su fundamento la dignidad de la persona humana, tal como lo declararon los estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, aprobando la resolución de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas”.

Luego, la Asamblea General de Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948, que constituye el primer texto de alcance universal que reconoce la dignidad de la persona y los derechos esenciales o fundamentales que derivan de ella.

En efecto, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama su fe “en la dignidad y el valor de la persona humana” y determina que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Sin embargo, esta declaración universal, la de mayor trascendencia conocida por el género humano hasta entonces, se encontró con la falta de voluntad por cumplirla y la ausencia de instrumentos jurídicos eficaces para garantizar los derechos en ella contenidos.

Con objeto de superar dichos problemas vienen luego los pactos o tratados internacionales de derechos humanos, de ámbito mundial y regional.

En el ámbito americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948, dada en la IX Conferencia Interamericana desarrollada en Bogotá, Colombia, y por tanto, anterior en varios meses a la Declaración Universal, se complementará con la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 11.1 establece el principio esencial de que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

A su vez, a nivel planetario ya se había aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que los estados firmantes establecen que: “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, reconociendo que tales “derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana” y considerando que los derechos que se contienen en el pacto, los estados parte se comprometen “a respetarlos y a garantizarles a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”. Dicho pacto entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

En el mismo lugar y con la misma fecha se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con un fundamento similar al Pacto anterior, donde los estados parte se comprometen a reconocer y garantizar los derechos que el pacto fija, entre ellos asegurar a los trabajadores “condiciones de existencia digna para ellos y para sus familias” (artículo 7o.) y “el derecho de toda persona a un nivel de vida

adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, que entra en vigencia el 3 de enero de 1976.

En el ámbito regional europeo, surge en 1950 el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mientras que en el ámbito regional africano, el 29 de junio de 1981 se aprueba en Nairobi la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, reconociéndose la dignidad de la persona y sus derechos inherentes.

En la dignidad de la persona humana tienen su fundamentos otros pactos, convenios o declaraciones, como son las declaraciones: Sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas (9 de diciembre de 1975); la Declaración de Derechos del Nio de Naciones Unidas (20 de noviembre de 1959); la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (7 de noviembre de 1967); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid (30 de octubre de 1973); la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965); la Convención sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 y en vigencia desde el 3 de septiembre de 1981; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada el 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigencia el 26 de junio de 1987; la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, entre otras.

Como señalaba el papa Juan Pablo II, el 22 de diciembre de 1979 dirigiéndose a los cardenales: “Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre, pero también nunca como hoy ha habido afrentas tan patentes a estas declaraciones”.<sup>194</sup>

Cuánto tiempo más habrá que esperar, como señalaba la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII, para que se pueda garantizar “con eficacia los derechos del hombre, derechos que, por brotar inmediatamente de la dignidad de la persona humana, son universales, inviolables e inmutables”.<sup>195</sup>

194 Cit. por González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1986, p. 28.

195 *Encíclica Pacem in Terris*, párrafo 145.

Uno de los esfuerzos fundamentales que deben hacerse, como ya lo ha señalado Bobbio, no es tanto “de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.<sup>196</sup>

Esta búsqueda de procedimientos eficaces que lleven a una garantía real de los derechos humanos que permitan hacer efectiva la dignidad de la persona es un esfuerzo de los más trascendentes en que están empeñados los estados como la comunidad internacional, el derecho interno como el derecho internacional de los derechos humanos, en un esfuerzo complementario, convergente y progresivo.

## *2. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional*

Es la dignidad humana que se identifica con la libertad y estrechamente unida e interrelacionada con la igualdad, entendida esta última como reconocimiento de la misma naturaleza y derechos a todos los seres humanos, como lo afirma nuestra carta fundamental en el inciso 1o. del artículo 1o., el que sostiene: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”. Hay así, una fuerte vinculación interna entre dignidad de la persona, libertad e igualdad, como la trilogía ontológica que configura el núcleo de los derechos humanos y fundamenta los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

La dignidad de la persona en cuanto realidad espiritual y moral, inherente al ser humano, ha sido realzada por el Tribunal Constitucional Español señalando que “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en

<sup>196</sup> Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, 1981, p. 7.

el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990, de 27 de junio).<sup>197</sup>

Existe así un derecho a la dignidad, el cual opera aun cuando caduquen todos los demás derechos asegurados por la carta fundamental. Tal es el presupuesto establecido además, en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las cuales establecen que la idea de los derechos fundamentales tiene su raíz en la dignidad y en el valor de la persona humana, los cuales son inherentes a la naturaleza del ser humano (artículos 1o. y 5o., respectivamente).

En esta misma perspectiva, la primacía constitucional, última que tiene la dignidad de la persona humana en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en muchos otros ordenamientos constitucionales europeos y americanos, está vinculada con valores fundamentales, como son la libertad y la igualdad. De dicha tríada emana la raíz de los derechos fundamentales, los cuales no son comprensibles al margen de los principios superiores del ordenamiento jurídico antes señalados.

La dignidad de la persona constituye el fundamento de los derechos y el principio fundamental y central de todo nuestro ordenamiento jurídico. Siguiendo a Maihofer, la garantía de la dignidad de la persona tiene un triple significado jurídico. En primer lugar, se constituye en un derecho esencial, a partir del cual se pueden deducir todos los demás componentes del sistema de derechos esenciales o derechos humanos; en segundo lugar, constituye una norma fundamental de la carta fundamental, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que la componen; en tercer lugar, constituye la base material sobre la cual se construye la estructura organizativa del Estado.

Asimismo, con González Pérez podemos señalar que el principio de la dignidad de la persona, cumple la cuádruple función de primero, fundamentar el orden jurídico; segundo, orientar la interpretación del mismo; tercero, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas, y determinar una norma de conducta; y cuarto, eventualmente, un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>198</sup>

197 Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, núm. 39, p. 202.

198 González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 87-94.

La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en sujeto del Estado, al cual éste debe servir, dentro de su finalidad de bien común.

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 1o., determina que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, la misma disposición agrega que 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”.

Normas similares encontramos en muchas Constituciones europeas, como por ejemplo, la Constitución de Italia, la cual, en su artículo 1o. sostiene que: “Italia es una República democrática basada en el trabajo”, agregando el artículo 2o. que: “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad”; la Constitución alemana, en su artículo 1.2, el cual señala que el pueblo alemán reconoce “los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”; la Constitución griega, en su artículo 2.2, sostiene, “el respeto y la protección del valor humano constituyen la obligación primordial del Estado”; la Constitución portuguesa, en su artículo 1o., establece que “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular”, y su artículo segundo agrega que la República portuguesa es un Estado de derecho democrático “basado en el respeto y la garantía de la efectividad de los derechos y libertades fundamentales”; la Constitución española, en su artículo 1.1, determina que España es “un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, y el artículo 10.1 agrega que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En el ámbito americano, la Constitución colombiana, en su artículo 1o. prescribe: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, y el artículo

5o. agrega que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; la Constitución de Guatemala, en su artículo 1o. señala que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común”; la Constitución peruana determina en su artículo 1o.: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; la Constitución boliviana, reformada en 1994, en su artículo 6.II. prescribe: “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”; la Constitución de Nicaragua reformada en 1995, en su artículo 5o., determina: “Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento de las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos”; la Constitución de El Salvador, en su artículo 1o., señala que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”; la Constitución de Paraguay, en el artículo 1o., inciso segundo, determina que: “La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

La carta fundamental chilena, en el mismo artículo primero, inciso final, señala que el Estado tiene “el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Ello obliga a remover los obstáculos que impidan o dificulten tales objetivos y a desarrollar una labor positiva destinada a que la libertad y la igualdad de las personas y cuerpos intermedios en que ellas se integran sean reales y efectivas, norma que nos recuerda tanto el artículo 3o. de la Constitución italiana, el cual determina que “todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”, agregando en el inciso segundo: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva

de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”,<sup>199</sup> y el artículo 9o., núm. 2 de la Constitución española, el cual señala: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Todo ello muestra cómo nuestra Constitución, al igual que otras Constituciones modernas, se preocupa de ir concretando, a través de aproximaciones sucesivas, una mayor humanización de la sociedad y una mayor personalización de los individuos, en una democracia cada vez más desarrollada y una convivencia más justa y pacífica, en el marco del Estado de derecho constitucional (artículos 1o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la Constitución), todo lo cual forma parte de las bases esenciales del sistema jurídico chileno.

Estos valores, como sostiene Eduardo García de Enterría, “constituyen la base del ordenamiento, lo que ha de prestar a éste su sentido propio, lo que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”.<sup>200</sup>

La unidad del ordenamiento, nos dice García de Enterría, expresada en unos principios generales de sentido, expresada en unos principios generales del derecho, que al intérprete toca investigar o descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema que la comunidad ha hecho de unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada —y todos lo son para la Constitución— podr desconocer ese cuadro de valores básicos y todos deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores.

Nuestro Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia Rol número 19, asume la misma perspectiva, al establecer: “Que el artículo 1o. de la carta fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que

199 Calamandrei, Piero y Levi, *Comentario sistemático alla costituzione Italiana*, Firenze, 1960, vol. I, p. CXXXV; Romagnoli, Umberto, “Il principio d’uguaglianza sostanziale”, *Comentario della Costituzione*, a cura de Giuseppe Branca, artículo 1o., Bologna, 1975, pp. 162 y ss.

200 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 97 y 98.

refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”, a su vez, ha aplicado el principio hermenéutico de la interpretación sistemática y finalista, en la sentencia rol, núm. 245, del 2 de diciembre de 1996, entre otras, sealando que las normas constitucionales deben interpretarse “en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran al texto” (considerando 42).

El Tribunal Constitucional chileno, como complemento de la perspectiva anterior, por regla general, ha hecho aplicación de la regla de hermenéutica constitucional de que: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas deber ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía” (STC, rol núm. 33, del 24 de septiembre de 1985; rol núm. 42, del 26 de enero de 1987; rol núm. 43, del 24 de febrero de 1987; rol núm. 245, del 2 de diciembre de 1996), con la única excepción significativa, y de importantes repercusiones políticas, del fallo del 12 de mayo de 1989, sobre el proyecto de ley que regula los distritos electorales, donde hizo primar el tenor literal del artículo 43 de la carta fundamental, por sobre la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, la igualdad ante la ley, el sufragio igualitario, el contenido esencial del derecho a un sufragio de igual valor, entregando amplia libertad a la Junta de Gobierno de aquel entonces para estructurar arbitrariamente los distritos electorales, pese a la abundante doctrina y jurisprudencia de tribunales constitucionales y cortes de justicia en sentido contrario (Consejo Constitucional de Francia, Tribunal Constitucional alemán, Corte Suprema y otras cortes estatales norteamericanas, tribunales japoneses, etcétera).

Como lo ha sostenido también la Corte Suprema de Colombia:

las Constituciones no tienen su fin en sí mismas; son instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables; de modo que, cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, el problema no es sólo de formalidad legal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad, pues las normas jurídicas sólo existen y sirven, en tanto permitan hacer vivos esos valores. Si se quiere vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no sólo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extra constitucionales, a las cuales es ne-

cesario referir toda interpretación y explicación de las normas positivas, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario al derecho, y a un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia.<sup>201</sup>

En la misma perspectiva, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que:

...la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de los fines, al logro de los cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez, que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuando sustento del orden que la carta instaura y, por tanto, toda norma —sea de índole legislativa o de otro nivel— que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto.<sup>202</sup>

El destacamiento de tales partes materiales como básicas dentro del texto constitucional resulta, además, de su protección reforzada a través del procedimiento extraordinario o especial de reforma de la Constitución, con el cual están protegidos el capítulos I y III de la Constitución, donde se encuentran también las decisiones por el Estado unitario descentralizado, por la República democrática y por el Estado de derecho (decisión por la supremacía constitucional y la vinculación directa a la Constitución de todas las normas, el principio de legalidad, el principio

201 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia núm. 51 del 19 de mayo de 1988.

202 *Ibidem*, sentencias núms. C-479/95 y 477/95.

de responsabilidad, etcétera). Aparece sin fundamento el no establecimiento de la reformalidad reforzada de los derechos de nacionalidad y derechos políticos del capítulo II de la Constitución.

La interpretación conforme a la Constitución de todas las normas del ordenamiento jurídico, tiene la correlación lógica o dogmática en la prohibición de “cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”.<sup>203</sup>

La normatividad de los valores se prueba con la existencia de las denominadas “normas constitucionales inconstitucionales” con las cuales se pone énfasis en la primacía hermenéutica de los valores, hasta dejar sin aplicación las normas constitucionales que sean contradictorias con su sentido.<sup>204</sup> En el caso chileno podemos recordar, en tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable la disposición transitoria de la Constitución, que hacía operable el Tribunal Calificador de Elecciones sólo para las elecciones parlamentarias posteriores al plebiscito de 1988 de ratificación del candidato presidencial determinado por los comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas y el general director de Carabineros, estableciendo la obligación de establecerlo previo al plebiscito de 1988 (sentencia rol 33, del 24 de septiembre de 1985).

Los derechos humanos constituyen la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad.

Los derechos humanos o derechos esenciales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, constituyendo el fundamento del orden jurídico.

### 3. El fundamento suprapositivo de los derechos humanos y su concepto

Sobre el fundamento de los derechos humanos y su concepto, pueden sostenerse diversas perspectivas.<sup>205</sup> Consideramos que al estar fundados

203 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 102.

204 Así ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional europea en Alemania, Italia, Suiza, Francia, España y en la de Estados Unidos, con su posición preferente de los cuatro derechos fundamentales de la primera enmienda constitucional.

205 Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Argentina, Astrea,

los derechos humanos en una perspectiva suprapositiva, como lo reconoce nuestro ordenamiento constitucional, ya que éste sólo asegura, garantiza y promueve tales derechos, los que constituyen “un límite a la soberanía” (artículo 5o., inciso 2) del Estado, nuestra carta fundamental acepta una concepción *iusnaturalista*, de acuerdo con la cual podemos asumir un concepto de los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreten las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”,<sup>206</sup> como asimismo garantizados efectivamente, agregaríamos nosotros.

Desde otra perspectiva, Peces-Barba, desde un punto de vista subjetivo, define los derechos como:

derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos so-

1991; Padilla, Miguel, Lecciones sobre derechos humanos y garantías, Argentina, Abeledo-Perrot, 1986, 3 ts.; Muguerza, Javier *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

Cessece, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991; Marquiset, Jean, *Los derechos naturales*, Barcelona, Oikos, 1991; Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, España, Tecnos, 1984; Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 2a. reimpr., España, Debate, 1991; Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, España, Debate, 1992; Squella, Agustín, *Estudios sobre derechos humanos*, Valparaíso, Edeval, 1991.

Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Universitaria Complutense, 1983; Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 179; Schneider, P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional y democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, España, 1979, núm. 7, pp. 33 y ss.; Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Perú, Ediciones Jurídicas, 1994.

<sup>206</sup> Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, p. 48.

ciales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.<sup>207</sup>

De ambas definiciones nos quedamos con la de Pérez Luño, con el agregado que hemos introducido, ya que es más acorde con nuestro ordenamiento constitucional en materia de derechos.

Concepto que no es tautológico, como el de Fernández Galiano, quien señala que los derechos fundamentales son “aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana...”,<sup>208</sup> ni formalista, como afirma Javier Muguerza.<sup>209</sup> En efecto, tal concepto no sólo concreta ciertas exigencias humanas, sino que alude al carácter histórico de su concreción; deja espacio a los ordenamientos jurídicos para el reconocimiento positivo de tales derechos, tanto a los aspectos normativos del proceso de positivación como a las técnicas de su protección y garantías. Tal concepto tiene un cierto carácter teleológico, ya que preserva algunos valores últimos, como son la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad. Tal concepto puede conjugar la exigencia ius naturalista de la fundamentación de los derechos y las técnicas de positivización y protección de ellos.

#### A. *Los derechos humanos, derechos fundamentales o esenciales en la Constitución chilena y el derecho comparado*

La norma jurídica positiva no crea los derechos humanos. Su labor está en reconocerlos, convertirlos en obligación jurídica y garantizarlos jurídicamente, como lo determina expresamente nuestra Constitución en sus artículos 1o. y 5o., inciso 2; encabezamiento del artículo 19 y artículo 19, núm. 26.

En efecto, el artículo 5o., inciso 2 prescribe: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado

207 Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, España, Universidad Carlos III de Madrid, p. 469.

208 Fernández-Galiano, A., *Derecho natural: introducción filosófica al derecho*, Madrid, CEURA, 1988, p. 126.

209 Muguerza, Javier, *op. cit.*, p. 21.

respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

El artículo 19 de la Constitución seala: “la Constitución asegura a todas las personas”, y luego se enumeran en forma no taxativa derechos protegidos. A su vez, el artículo 19, núm. 26 garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Los derechos humanos representan la decisión básica del Constituyente, a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica.

Los derechos humanos constituyen un sistema entre cuyos componentes no pueden existir contradicciones de orientación ni de sentido.

Los derechos humanos constituyen el parámetro de conformidad, de acuerdo con el cual deben ser interpretadas todas las normas del ordenamiento jurídico, desde las propias normas constitucionales hasta la última resolución administrativa.

Los derechos humanos deben interpretarse al tenor del consenso general sobre los valores a los que responden y cuya realización constituye su tarea y fin.

Los derechos humanos son así, como lo reconoce expresamente nuestra Constitución, aquellos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Así, la tutela constitucional de los derechos humanos se inscribe en el marco más amplio del derecho internacional informado por valores comunes, que trasciende la esfera estatal, por decisión del propio Constituyente. La carta fundamental se inserta así en un contexto internacional y supranacional en materia de derechos humanos, por lo que tales derechos deben ser interpretados de acuerdo con las claves hermenéuticas del derecho internacional de derechos humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las normas sobre derechos humanos contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas convencionales que son internacionales y, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la

soberanía, vale decir, al poder constituyente instituido o derivado y a todos los órganos y autoridades estatales.

De un modo similar en el ámbito latinoamericano, la Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46, establece el principio de que “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La carta fundamental de Nicaragua de 1987, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, artículo 4o., determina que “la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. Prevalencia de los Derechos Humanos”. A su vez, el artículo 5o., numeral 1, ordena que las normas que definen “los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, como asimismo, que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios de ellas adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

La Constitución de Colombia de 1991 establece que: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno; los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

A su vez, la Constitución argentina ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860, que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no ser n entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. A su vez, la reforma constitucional argentina de 1994, en su artículo 75, que establece las atribuciones del Congreso, numeral 22, enumera los tratados con jerarquía constitucional:

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Muchas Constituciones establecen un catálogo de derechos abierto. La primera en hacerlo fue la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, la cual, en su novena enmienda establece que “la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo”, perspectiva seguida por la Constitución argentina, uruguaya y venezolana, entre otras.

La Constitución de Venezuela de 1961, en su artículo 50, señala que la enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La misma norma contiene la Constitución de Uruguay en su artículo 72: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Podemos señalar así, que en América latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que está otorgando rango constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales que com-

plementan los derechos enumerados por las propias Constituciones, enumeración no taxativa y que admite derechos implícitos.<sup>210</sup>

Esta perspectiva es asumida también por algunas constituciones europeas, entre ellas, por la Constitución de Portugal, que en su artículo 16 precisa que: “Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualquiera otros que consten en las leyes y las reglas aplicables de Derecho Internacional, a su vez, el artículo 17, determina que “El régimen de los derechos, libertades y garantías es aplicable a los enunciados en el título II y a los derechos de naturaleza análogos”; de un modo similar, la Constitución italiana en su artículo 2o., señala: “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad”; la ley fundamental de Bonn, en su artículo 1o., prescribe: “1. la dignidad del hombre es sagrada constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”; la Constitución española de 1978, en su artículo 10 establece: “1. la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Los derechos esenciales o fundamentales no son sólo derechos que limitan el poder del Estado, sino que son derechos que deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto, siendo el elemento más fundamental y básico de la concepción del Estado.

Es por ello que la Constitución de Chile, en su capítulo I, “Bases de la institucionalidad”, afirma la dignidad de la persona y sus derechos fun-

210 Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, 3a. ed., Santiago, Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1994, pp. 133-176.

damentales y la obligación para todos los órganos y poderes estatales de respetarlos, asegurar su protección y promoverlos.

Los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común.

La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República democrática y del Estado de derecho.

La denominación utilizada de derechos “fundamentales”, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el estatus jurídico-constitucional de la persona es un estatus jurídico material de contenido concreto, no disponible por la persona, los poderes públicos, los organismos internacionales y los organismos supranacionales.

En tal perspectiva, hay bastante jurisprudencia en el derecho constitucional comparado, sólo a modo ejemplar tenemos la Corte Constitucional de Italia, la que ha emitido un conjunto de sentencias sobre los “principios supremos” del ordenamiento constitucional que identifican, como establece Cervati, un “núcleo de principios inderogables incluso para las mayorías que pudieran reformar la Constitución: este núcleo inviolable comprendería tanto los principios fundamentales del ordenamiento constitucional como los derechos inalienables de la persona humana (Corte Constitucional, sentencia 183 de 1973; 30 de 1971; 12 de 1972; 175 de 1973; 1 de 1977 y 18 de 1982).

### *B. La eficacia retroactiva de los derechos fundamentales*

El tema de la retroactividad de los derechos está vinculado a la retroactividad de la Constitución. La carta fundamental es una norma jurídica

cualitativamente distinta de las demás normas, en cuanto ella contiene los valores fundamentales que constituyen la convivencia política. Esta especial naturaleza tiene implicancias sobre las normas anteriores que deben ser valoradas desde la Constitución misma, lo que produce diversos efectos que es necesario tener en consideración.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español (STC 5/1981, del 2 de febrero), las disposiciones anteriores opuestas a la misma, pierden vigencia para regular situaciones futuras, existe así una derogación tácita de ellas, al haber una inconstitucionalidad sobreviniente de las normas incompatibles con la Constitución, doctrina que también ha mantenido la Corte Suprema chilena.

Respecto de los derechos esenciales o fundamentales, la significación retroactiva de la Constitución se acentúa, lo que se explica por la finalidad misma de la carta fundamental que es el fundar un orden de convivencia política hacia el futuro en materia de derechos, pudiendo tener efecto retroactivo, en el sentido de “poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución” (STC Español 9/1981, del 31 de marzo). Tal perspectiva, implica asumir la existencia de una colisión de principios enfrentados, por una parte, el principio de justicia y el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, que lleva a maximizar el cuidado por la justicia en el caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados, y por otra parte, el principio de seguridad jurídica, lo que debe ser resuelto caso a caso.

|   |     |
|---|-----|
| Los modelos de interpretación de los derechos fundamentales . . . | 167 |
| I.    La teoría liberal . . . . .                                 | 167 |
| II.   La teoría democrático-funcional . . . . .                   | 167 |
| III.  La teoría institucional . . . . .                           | 167 |
| IV.  La Teoría axiológica . . . . .                               | 168 |
| V.   La teoría socioestatal . . . . .                             | 168 |

## LOS MODELOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Bockenforde distingue cinco modelos teóricos de interpretación de los derechos fundamentales: la teoría liberal, la teoría democrático-funcional; la teoría institucional; la teoría axiológica y la teoría socio-estatal.

### I. LA TEORÍA LIBERAL

Esta teoría sostiene que la dignidad de la persona debe quedar en lo sustancial al margen de la acción estatal. Los derechos fundamentales son concebidos, preferentemente, como derechos a la libertad, considerándolos en principio como derechos ilimitados. La intervención del Estado en el ámbito de la libertad debe ser la menor posible. Esta teoría no toca el tema de las condiciones sociales de los derechos fundamentales.

### II. LA TEORÍA DEMOCRÁTICO-FUNCIONAL

De acuerdo con esta teoría, los derechos fundamentales se entienden en un sentido estrictamente funcional respecto del sistema sociopolítico. Interesa a este enfoque más la función que el contenido de los derechos, especialmente relacionando tal función con el desarrollo político y económico del orden social.

### III. LA TEORÍA INSTITUCIONAL

Dicha teoría sostiene que los individuos, como asimismo, las instituciones son factores condicionantes de la realidad jurídica. Así, esta concepción considera que la libertad, la igualdad y la participación del indi-

viduo no pueden realizarse de manera aislada, sino que a través de las diversas instituciones sociales.

#### IV. LA TEORÍA AXIOLÓGICA

Esta teoría considera que los derechos esenciales son la expresión de opciones axiológicas que constituyen los principios fundamentales de la Constitución, trascendiendo los derechos públicos subjetivos de la parte jurídica fundamental y los principios del orden jurídico objetivo.

#### V. LA TEORÍA SOCIOESTATAL

Para esta concepción, deben acentuarse los principios de igualdad, participación y realización de los derechos sociales, debiendo el Estado crear las condiciones sociales para la garantía de los derechos fundamentales.

|   |     |
|---|-----|
| Tópicos sobre garantías normativas de los derechos fundamentales            | 169 |
| I.    La reserva de ley . . . . .   | 169 |
| II.   Las teorías sobre el contenido esencial sobre los derechos . . . . .  | 177 |
| III.  La acción de protección (amparo o tutela) . . . . .                   | 189 |
| IV.  La acción de amparo ( <i>habeas corpus</i> ) . . . . .                 | 233 |
| V.   La acción de reclamación de nacionalidad en Chile . .                  | 243 |
| VI.  La acción de indemnización por error judicial en Chile                 | 243 |
| VII. Las garantías de los derechos por el Tribunal Constitucional . . . . . | 244 |

## TÓPICOS SOBRE GARANTÍAS NORMATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### I. LA RESERVA DE LEY

En materia de reserva de ley se han desarrollado dos modelos, el alemán y el francés.

El modelo alemán establece que el legislador está capacitado para intervenir en cualquier materia, constituyendo el principio de reserva legal, un medio para garantizar la supremacía de la ley.

El modelo francés considera que el legislador sólo puede intervenir en las materias taxativamente sealadas por la Constitución. La reserva de ley, en este caso, es un medio para restringir materialmente la supremacía de la ley, mediante una distribución de competencias entre el Poder Ejecutivo y el legislador.

En Chile, la carta fundamental vigente sigue el modelo francés, al fijar un contenido taxativo al dominio legal (artículo 60 de la Constitución) y establecer un dominio reservado al reglamento autónomo (artículo 32, numeral 8, inciso primero). Sin embargo, introduce también algunas técnicas de garantías rígidas del modelo alemán, como son la vinculación directa del legislador a los derechos constitucionales (artículo 6o.) y la garantía del contenido esencial de los derechos (artículo 19, núm. 26).

El ordenamiento Constitucional chileno como el de otros países (Italia, artículo 2o. de la carta de 1947, la Constitución Española de 1978), establece que debe regularse el ejercicio de los derechos fundamentales por ley, lo que excluye al Ejecutivo de regular a través de normas administrativas los derechos fundamentales. Existe así, en el ordenamiento constitucional chileno, dos preceptos que fundamentan el principio de reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos, el artículo 60, núm. 20, el que sostiene que son materia de ley toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, como asimismo, el artículo 19, núm. 26, que determina la

“seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulan o complementan las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Así se ha desarrollado la teoría de la esencialidad, la cual exige, referente al ámbito de los derechos fundamentales, que las cuestiones básicas de regulación o limitación de los derechos sean adoptadas por el legislador, ello transforma la reserva de ley en reserva parlamentaria, ya que lo “esencial” en materia de derechos fundamentales sólo puede ser resuelto por el Parlamento, sin que pueda haber un apoderamiento legal por el titular de la potestad reglamentaria; incluso la carta fundamental chilena, en su artículo 62, prohíbe expresamente incluso que el legislador delegado pueda regular materias comprendidas respecto de derechos y garantías constitucionales, lo que está entregado sólo al legislador formal, al Congreso Nacional.

Con el concepto de reserva de ley se definen sectores y materias que están reservados, exclusiva y completamente, a la ley y excluye su regulación por parte de la administración en forma autónoma. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido que las regulaciones de los derechos en lo referente a condiciones, plazos y modalidades deben ser determinadas por ley, ya que es ésta y no el reglamento la que debe resguardar la garantía de la igualdad (STC rol núm. 247, del 14 de octubre de 1996).

El principio de reserva legal no excluye las remisiones que el legislador puede hacer a la autoridad administrativa para reglamentar las leyes, pero esta regulación reglamentaria está claramente subordinada a los parámetros definidos por la ley.

En la materia, el Tribunal Constitucional ha establecido que, el regular “no podría jamás interpretarse en el sentido que impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo.<sup>211</sup> El mismo Tribunal Constitucional, en sentencia rol núm. 239, del 16 de julio de 1996, considerando 9o., señala que “es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto,

211 Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de abril de 1993, considerando 12.

sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, núm. 13 de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no puede jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, núm. 26, de la carta fundamental), la misma sentencia, en su considerando 13, agrega: “Que, no está de más recordar que conforme con lo que dispone imperativamente la Constitución, los órganos del Estado están al servicio de las personas y al cumplir su finalidad de bien común deben hacerlo con “pleno respeto” de sus derechos y garantías (artículo 1o., inciso 4o.), debiendo incluso promover su ejercicio, esto es, sin vulneración, perturbación o privación de ellos, y se atenta en su contra cuando se infringe una garantía tan básica como es la reserva legal dispuesta por la Constitución para la regulación de la materia”.

Así, el sentido último de la reserva de ley es “asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa, exclusivamente, de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”, como señala el Tribunal Constitucional español en su sentencia 83/1984.

La reserva de la ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia sometiéndolos al procedimiento legislativo que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de esas materias la garantía del pluralismo político. Además, en una perspectiva en que todos los sectores políticos representativos del país son escuchados, se puede lograr un mejor orden de prelación material y temporal, una mayor justificación racional y una definición pública más transparente del bien común.

El carácter democrático representativo del Congreso Nacional es cualitativamente distinto que el del gobierno, ya que manifiesta la voluntad de todos los sectores del pueblo, no sólo la voluntad de la mayoría como en el caso del gobierno, además sigue a un debate público, en que la decisión mayoritaria se configura normativamente en un contexto pluralista, con expresión de las minorías. Si bien la decisión es adoptada por la mayoría del cuerpo parlamentario, debe ser justificada públicamente

en su relevancia y en su prioridad jurídica y temporal, pudiendo acercarse a una decisión más justa, representativa y adecuada.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo éste regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales.

Así, en estas materias el legislador no puede establecer una habilitación genérica al gobierno para reglamentar la materia y deslegalizar la materia reservada, abdicando de su obligación constitucional.

Ello no quiere decir que el legislador no pueda, luego de regular la materia en sus aspectos fundamentales, estableciendo objetivos a perseguir y regulaciones generales, entregar a la potestad reglamentaria su implementación específica o desarrollar aspectos concretos determinados por el legislador.

La reserva de ley se establece en el artículo 19, Núm. 26, especialmente para los derechos fundamentales, en lo referente a la regulación de su ejercicio o la limitación de su ejercicio en los casos que la Constitución lo autorice, a esta materia se unen otras muchas, ya que la Constitución reserva a la ley ordinaria o de *quorum* especial la regulación de, prácticamente, todos los derechos con base constitucional.

En esta materia, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de fecha dieciséis de julio de mil novecientos noventa y seis, considerando noveno, ha señalado que “es principio general y básico del derecho constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, núm. 13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden afectar el contenido esencial de tales derechos”.

De acuerdo con la sentencia antes citada, podemos sostener que el Congreso Nacional debe adoptar en todos los ámbitos básicos y, en especial, en el de los derechos constitucionales, las decisiones básicas, esenciales o importantes, lo que, a su vez, permite al Poder Ejecutivo la adopción de las decisiones que no sean básicas o esenciales, mediante reglamento.

La reserva de ley como reserva de lo esencial se transforma en último caso, en reserva de sentencia, ya que ser el Tribunal Constitucional el que determinar dicho criterio en cada hipótesis normativa.

En el derecho comparado europeo se suele distinguir entre reserva absoluta y reserva relativa de ley. La reserva absoluta de ley se concreta cuando el constituyente establece la obligación para que el órgano legislativo regule, por sí mismo, la totalidad de la materia reservada a la ley, siendo sólo posible y permisible de remitir al reglamento las disposiciones de puro detalle tendentes a la ejecución de los preceptos legales. En cambio, la reserva relativa de ley, se caracteriza por permitir que la ley pueda limitarse a establecer las normas básicas de la disciplina respectiva reservada a la ley, pudiendo remitir el resto al reglamento. Estamos en presencia de reserva absoluta de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como “sólo por ley” o “la ley regular”, etcétera; a su vez, estamos frente a una reserva relativa de ley cuando el Constituyente utiliza términos tales como “de acuerdo con la ley”, “con arreglo a la ley”, “conforme a la ley”, “en los términos que señale la ley”, etcétera.

La reserva de ley es de carácter absoluto en lo que afecta directamente a los derechos esenciales, con la única excepción del derecho de reunión, obligando a disciplinar de un modo directo la materia reservada, quedando a la fuente subordinada de carácter administrativo la sola adopción de normas de detalle y ejecución.

En el caso de reserva relativa, la ley fija las grandes directrices, lo que dice relación con el núcleo fundamental de la materia, en tal sentido, participamos de la teoría de la esencialidad, vale decir, que los aspectos básicos y esenciales de regulación de los derechos, queden en manos del legislador y que los aspectos secundarios puedan ser delegados al reglamento administrativo. Ello permite determinar la extensión material de la reserva legal y evitar la deslegalización total, como asimismo, determinar el alcance material de la regulación parlamentaria.

Ello no supera todos los problemas sino que sólo abre un camino o criterio de solución, el que necesita complementariamente, el establecimiento de una nueva relación entre ley y reglamento, la que no puede basarse sólo en el principio de jerarquía, sino que requiere también considerar el principio de competencia.

La reserva de ley ordinaria es la que otorga una competencia más amplia para que el legislador limite o configure los derechos fundamentales, aun cuando no es un poder normativo en blanco, ya que siempre debe

tener como justificación la existencia de un interés público legítimo y en ningún caso puede afectar el contenido esencial de los derechos.

El principio de reserva de ley se refuerza en el caso en que el Constituyente reserva la regulación de la materia al legislador de *quorum* especial (ley orgánica constitucional o ley de *quorum* calificado), en cuyo caso se requiere de mayor *quorum* (4/7 o mayoría absoluta, según el caso), y, por tanto, de mayor acuerdo parlamentario. En todo caso, no hay un criterio uniforme para determinar qué materias corresponden a qué tipo de legislador, ya que en materia de derechos, éstos pueden ser regulados, en general, por el legislador ordinario y en casos especiales, algunas materias se dejan al legislador orgánico y otras al legislador de *quorum* calificado. Por otra parte, en la mayoría de los órganos constitucionales, el desarrollo de su organización y atribuciones queda entregada al legislador orgánico constitucional, mientras otras regulaciones institucionales se dejan al legislador de *quorum* calificado. Cabe señalar, además, desde una perspectiva práctica y en beneficio de una mayor claridad, certeza y estabilidad del orden jurídico, que en razón de conexión temática o de sistematicidad se considera oportuno incluir junto a las materias reservadas, materias conexas limitadas cualitativamente, como lo ha admitido el Tribunal Constitucional chileno en el caso de leyes orgánicas constitucionales, donde se incluyen preceptos que exceden el ámbito estricto de la reserva cuando su contenido constituye un complemento necesario para su mejor inteligencia.

Parece necesario en un futuro próximo, realizar una reforma constitucional que racionalice las materias propias de ley orgánica y de *quorum* calificado, o si ello logra consenso, eliminar una de dichos tipos de leyes. En nuestro país existe una cantidad exagerada de tipos de preceptos legales, los cuales no se justifican racionalmente, por otra parte, debe racionalizarse el contenido, peso e importancia de una norma y la legitimación y procedimiento del órgano competente para su creación, modificación o eliminación del orden jurídico.

En todo caso, aquí opera el principio de disyunción o especialidad por materia, ya que es el único órgano legislativo existente en el Estado, que opera con distintos requisitos tratándose de una o de otra materia, a diferencia de lo que ocurre cuando hay diversos órganos legislativos que tratan materias diferentes.

La reserva de leyes con *quorum* especial se explica en nuestro ordenamiento jurídico por la conveniencia política del Constituyente de la

época, para dar mayor rigidez a ciertas materias o instituciones en una perspectiva de desconfianza al legislador democrático, permitiendo el veto de las minorías.

Esta reserva de ley se complementa con la prohibición, que efectúa el Constituyente, a los decretos con fuerza de ley establecidos en el artículo 61 de la Constitución, para que traten materias “comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de *quorum* calificado”, lo que hace que la reserva de ley se constituya en reserva de procedimiento legislativo parlamentario, lo que permite identificar un componente democrático esencial del principio de reserva legal.<sup>212</sup>

La reserva de ley es una norma de competencia y una regla de rechazo. Es una norma de competencia, en el sentido de que es un enunciado jurídico que califica como jurídicos a otros enunciados. En efecto, las normas de competencia califican a determinados enunciados jurídicos como válidos. Para que éstos puedan ser considerados válidos, deben reunir como condiciones mínimas que procedan de un determinado órgano, que hayan sido creados de acuerdo a determinado procedimiento y que traten sobre una determinada materia. A su vez, la reserva de ley es una regla de rechazo, entendiendo por tal, todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio que señala que determinados enunciados no tienen carácter jurídico o no pertenecen a un cuerpo jurídico. Así, en relación a la reserva de ley, se califican como enunciados no jurídicos los que no reúnen los siguientes requisitos como mínimo: que no procedan de un determinado órgano (Congreso Nacional), que no sean creados de acuerdo a un determinado procedimiento (procedimiento legislativo, artículos 62-72 de la Constitución) y que no traten de una cierta materia (materia de ley, artículo 60 de la Constitución).<sup>213</sup>

También cabe plantearse cuál es el objeto de la legislación de desarrollo de los derechos constitucionales. En nuestra opinión, lo que se desarrolla no es el derecho sino el precepto constitucional en el que el derecho se asegura, determinando sus alcances y sus límites. Así, el legislador puede

212 Villacorta Mancebo, Luis, *op. cit.*

Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 633.

213 Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 141. Véase también Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, p. 165.

centrar su acción de desarrollo de los preceptos constitucionales que contienen derechos, con dos fines. El primero, estableciendo una modificación normativa no contraria a la Constitución de algunos de los elementos configuradores del derecho (titular, destinatario, objeto), lo que afecta el ejercicio del derecho, por tanto, puede hacerse cuando la Constitución lo autoriza. El segundo fin puede ser el de completar la configuración del derecho o configurarlo cuando el Constituyente no lo ha hecho, determinando su contenido o la fijación de la forma de su ejercicio, como asimismo, las garantías procesales del mismo.

De esta forma, por regla general, el estatuto de un derecho constitucional está constituido por normas constitucionales y normas legales.

Por último, cabe preguntarse qué sucede con los derechos que están garantizados constitucionalmente, sin que exista una reserva de ley que les afecte de manera especial. En tales casos, caben dos tipos de respuesta, la primera, que ellos no pueden ser limitados por el legislador, ya que así lo ha deseado el Constituyente, fortaleciendo el estatuto constitucional de tales derechos o, segunda, el legislador puede regular tales derechos aplicando justificaciones determinadas por la propia Constitución, tales como los derechos de terceros o la existencia de bienes jurídicos de rango constitucional. En esta encrucijada optamos por la segunda alternativa, la que consideramos más coherente con el sistema constitucional de derechos fundamentales y la idea que los derechos forman un sistema dentro del cual, ellos se interrelacionan y limitan recíprocamente. Finalmente, consideramos que el contenido esencial de los derechos, dado su objetivo asegurador y garantizador de todos los derechos, debe aplicarse en cualquier situación en que exista una afectación del núcleo esencial de cualquier derecho fundamental. Así, el artículo 19, núm. 26 de la Constitución chilena es aplicable a cada uno y a todos los derechos asegurados por tal precepto constitucional, están con o sin reserva de ley, ya que consideramos que lo que no puede hacer el legislador tampoco lo puede concretar la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución del presidente de la República.

Sin embargo, ninguna de las sentencias citadas establece un concepto de contenido esencial de los derechos que se desprenda del respectivo ordenamiento jurídico, ni determina los parámetros de determinación de su contenido específico, ya que ellas no precisan cuál es la parte del contenido de un derecho fundamental o esencial sin la cual éste pierde su peculiaridad a se desnaturaliza, precisar tal contenido en términos más

concretos es, por tanto, una tarea fundamental para resguardar tal contenido esencial del ataque de los poderes constituidos, como asimismo, para no desnaturalizar esta garantía general de los derechos, establecida en el artículo 19, núm. 26 de nuestra Constitución. Sin embargo, para ello es necesario ver sus orígenes y desarrollo en el derecho constitucional europeo y en la doctrina comparada, para luego llegar a algunas conclusiones al respecto.

## II. LAS TEORÍAS SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL SOBRE LOS DERECHOS

Sobre el contenido esencial de los derechos hay una rica gama de posiciones teóricas, de las cuales sólo analizaremos algunas posiciones representativas de las teorías subjetivas y objetivas, como también de terceras posiciones.

### 1. *Teoría subjetiva o absoluta de Günter Düring*

Déring presupone un significado subjetivo del concepto de derecho fundamental. Los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. Para el autor en comento, “la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea”. Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos.

El autor señala también que la denominación de derechos fundamentales se utiliza, para designar a los derechos humanos o derechos esenciales positivados en el ordenamiento jurídico de cada Estado. Mientras que la denominación de derechos humanos, se reserva a las normas de derecho internacional que aseguran, garantizan y protegen los derechos esenciales de la persona humana.

En tal sentido, la dignidad de la persona se afecta cada vez que la persona es tratada como un medio o un objeto, protección que requiere muchas veces la sanción penal, por ejemplo, el delito de genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, la despersonalización mediante la utilización de medios técnicos o biológicos.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional alemana, “observar la dignidad humana implica una obligación de abstención por parte de los poderes públicos, que no podrán realizar actividades que perjudiquen la dignidad humana. Proteger la dignidad humana implica una acción positiva por parte de los poderes públicos, que deberán defender la dignidad humana cuando sea perjudicada” —BVerfGE 1,332(343); 15, 249 (255); 61, 126 (137)—.

La dignidad de la persona se protege con el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales.

## 2. *Teoría subjetiva de Ekkehart Stein*

Para E. Stein, los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente.

Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al impedirse su ejercicio, tal limitación afecta al contenido esencial y, por tanto, es inconstitucional.

Así E. Stein identifica el objeto de protección que constituye el contenido esencial del derecho, con los intereses individuales constitucionalmente protegidos.

## 3. *Teoría subjetiva de Ludwig Schneider*

Schneider sostiene que el concepto de derecho fundamental está conectado con el valor superior, que es la dignidad de la persona humana y, por tanto, se inscribe en el concepto de derecho subjetivo. A su vez, el recurso de amparo (protección, en el caso chileno), se integra dentro del sistema de protección de posiciones jurídicas subjetivas, garantizando los derechos de la persona.

A su vez, Schneider considera que existe una reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales y que las medidas establecidas por el legislador que determinan un trato discriminatorio es contrario a la Constitución.

Las tres concepciones, hasta aquí señaladas, consideran los derechos esenciales o fundamentales como derechos subjetivos.

Sin embargo, no toda la doctrina y la jurisprudencia se plantea en esta posición, existiendo un número significativo de autores que plantean teorías objetivas del contenido esencial de los derechos, algunas de ellas son las que se establecen a continuación.

#### 4. *Teoría objetiva de F. Klein*

Klein desarrolla su teoría en base a argumentos sistemáticos o teleológicos. Para Klein el concepto de derecho fundamental no sólo incluye los derechos públicos subjetivos sino también las garantías institucionales, las normas principales y las reglas de interpretación de los derechos fundamentales.

Para Klein, el contenido esencial sería el núcleo o círculo interno del derecho fundamental, mientras que el contenido accidental sería la periferia o elemento exterior del derecho fundamental.

El contenido esencial otorga identidad al derecho, la garantía institucional de dicho contenido lo protege frente a su anulación o destrucción o de una transformación que produzca una desnaturalización sustancial de la institución.

Klein considera que un número importante de limitaciones de los derechos fundamentales no serían posibles sin que los derechos en sentido subjetivos fueran afectados en su contenido esencial. Ejemplos: penas de presidio en que se afecta el contenido esencial del derecho de libertad personal, el contenido esencial del derecho se vincula estrechamente con el principio de igualdad.

#### 5. *Teoría objetiva de Hartmut Jackel*

Para este autor la protección de las posiciones de los derechos fundamentales de las personas se debe concretar a través de las normas jurídicas que establezcan las propias garantías de los derechos fundamenta-

les, las cuales en su concepto, son más adecuadas y efectivas que lo que establece la norma del contenido esencial de los derechos.

En efecto, el autor especifica su posición al considerar las relaciones de sujeción especial, que se plantean cuando las personas tienen un grado especial de dependencia respecto de la administración del Estado, al insertarse en una organización estatal que trae aparejada un estado de restricción de algunos derechos esenciales, como ocurre, por ejemplo, con los presos, los miembros de las Fuerzas Armadas o quienes realizan el servicio militar.

La razón de esta posición de sujeción deriva de la inserción del individuo en la estructura administrativa del Estado. Así, los que se encuentran en tal posición de sujeción especial son titulares de los derechos esenciales, pero no de su ejercicio.

Jackel sostiene que el contenido esencial de los derechos sólo sería lesionado por las relaciones de sujeción especial en dos supuestos: el primero, cuando el conjunto de personas sometidas a relaciones de sujeción especial configuran una cifra global que no permita cualificar su estatus como especial; y segundo, cuando las relaciones de sujeción especial son creadas arbitrariamente *ex novo*.

## 6. *Teoría de Eike von Hippel*

Von Hippel parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad.

Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad.

La tesis de Von Hippel requiere valorar interés en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

### 7. *La teoría de Peter Lerche*

A su vez, hay autores que critican las teorías subjetivas y objetivas, las primeras son criticadas por ofrecer poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador.

En esta perspectiva se sitúa Peter Lerche, para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

### 8. *La teoría de Konrad Hesse*

Para K. Hesse el objeto de protección del derecho fundamental es tanto el derecho subjetivo como la garantía objetiva. El autor sostiene, que en las limitaciones o configuraciones legislativas de los derechos, se debe proteger la libertad individual garantizada por el derecho, como la función social de los derechos esenciales.

Una vez analizados los principales enfoques conceptuales consideramos conveniente concretar nuestra perspectiva en la materia.

En nuestra opinión, el contenido esencial del derecho, al encontrarse los derechos esenciales o fundamentales dentro de una Constitución, hay que inferirlo del sistema coordinado del todo constitucional. Por otra parte, las diferencias entre los distintos tipos de teorías, absolutas o relativas, ofrecidas por la doctrina alemana, dejan de tener relevancia práctica ya que conducen a situaciones concretas similares. Por otra parte, en Chile, el límite absoluto del contenido esencial del derecho fundamental está dado por la dignidad humana, tal como está expresado en el artículo 10. de la Constitución. El legislador dispone de cierta posibilidad de restringir y regular el ejercicio de un derecho, en los casos que la carta fundamental autoriza, pero ella no puede nunca afectar el núcleo intangible del derecho; de forma tal que la posibilidad de restringir el ejercicio de un derecho termina donde comienza el núcleo o contenido esencial del mismo. Así, el principio de proporcionalidad, que es una exigencia que se deriva del Estado de derecho no coincide con el contenido esencial de

un derecho fundamental, como podría llegar a sostenerse desde una teoría relativa extrema, sobre el contenido esencial de los derechos, la idea de proporcionalidad en la restricción del ejercicio de los derechos existe en virtud de la prohibición general de arbitrariedad que, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional surge de los artículos 6o., 7o. y 19, núm. 2 en una interpretación sistemática y finalista. Por otra parte, consideramos que el contenido esencial del derecho preexiste a la norma constitucional, teniendo cierta autonomía respecto del poder constituyente derivado o instituido y aún más del legislador, de lo contrario, el artículo 5o., inciso 2o. nuestra carta fundamental quedaría completamente vacío de contenido, ya que no existiría un contenido esencial de los derechos fundamentales que constituyera un límite a la soberanía estatal.

El Tribunal Constitucional alemán ha dictado diversas sentencias en las que ha determinado la afectación de un derecho en su núcleo esencial, entre ellas destacamos las siguientes:

- a) El caso ELFES, donde la Corte Constitucional determinó que las leyes no deben infringir la dignidad de las personas por ser el valor supremo del ordenamiento jurídico, pero tampoco deben restringir las libertades moral, política y económica de las personas, ya que afectaría a su contenido esencial. Concluyendo que las personas tienen reservado un ámbito de configuración de su vida privada que comprendería un último reducto inafectable de la libertad humana excluido de la actuación del poder público en su conjunto —BV erf GE 6,32 (41); BV erf GE6,389 (433); BV erf GE 27,1 (6); Bv erf GE 27,344 (352)—.
- b) En sentencia sobre extracción de líquido céfalorraquídeo como medio de prueba en proceso penal, la Corte Constitucional estableció que, frente a determinadas intervenciones en la integridad corporal, aun cuando estuvieren establecidas en el cuerpo de una ley, existiría un límite absoluto cuya infracción afectaría el contenido esencial de un derecho fundamental —Bv erf GE 16, 194 (201)—.
- c) Sobre la internación de personas sin suficientes medios económicos de subsistencia en instituciones de ayuda social, se estableció que dicho internamiento de personas adultas para mejorar su calidad de vida constituía una intervención que afectaba el

contenido esencial del derecho a la libertad personal —BV erf GE 22, 180 (219-220)—.

El objetivo del artículo 19, NM. 26 no es atribuir un poder al legislador, sino limitar el que tiene atribuido por la propia Constitución, como lo hace también el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, el que establece “1o. Cuando según esta ley fundamental un derecho puede limitarse por ley o sobre la base de una ley, ser general y no valdrá para el caso particular. 2o. En ningún caso el derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. A diferencia de éstos, el artículo 53.1 de la Constitución española, establece una habilitación general al establecer que “podrá regularse el ejercicio”, sujetando, como dice Ignacio de Otto y Pardo, “a todos los derechos a una mera reserva, la de regulación de su ejercicio y al mismo tiempo, sujeta ésta al límite del contenido esencial”.

El Tribunal Constitucional colombiano, a través del voto separado del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, señala:

No puede ignorarse la diferencia que existe entre delimitación del contenido de un derecho fundamental y la función de limitación confiada a la ley estatutaria. La primera corresponde al Constituyente que la realiza al fijar su contenido y alcance. Dentro de este marco, se define la zona de la realidad y el tratamiento jurídico que a ella corresponde según la Constitución. La explicitación conceptual de la delimitación constitucional es la tarea que debe afrontar todo intérprete y, naturalmente, todo órgano público con ocasión del ejercicio de sus competencias, pues de ella depende, principalmente, la medida de la protección jurídica discernida a cada derecho y a la determinación de lo que incluye o excluye.

La segunda, en cuya virtud se incorporan con carácter constitutivos limitaciones a los derechos, se atribuye al legislador, y tiene como límite el núcleo esencial de los derechos materia de regulación. El objeto de las leyes estatutarias no puede, por tanto, ser ajeno a los derechos fundamentales, pero su ámbito no puede extenderse hasta penetrar su núcleo esencial.

Agrega al citado magistrado que:

la acepción núcleo esencial, denota la barrera última de defensa de los derechos fundamentales, pero no puede ser utilizada para perseguir su efecto contrario consistente en su relativización. No se pretende, con esta idea, confirmar toda la cultura de los derechos humanos dentro de un formato

de “contenidos mínimos”, cuando lo que se impone constitucionalmente en su desarrollo... Como se ha reconocido por la doctrina contemporánea, la doctrina del núcleo esencial, tiene naturaleza más declarativa que constitutiva, en cuanto no protege más de lo que de suyo es portador cada derecho. En realidad, se trata de un expediente hermenéutico que, de manera sintética y abreviada, activa todos los procedimientos a los que se debe apelar para contener las injerencias abusivas, desproporcionadas, excesivas o arbitrarias del legislador.

Gomes Canotilho<sup>214</sup> se formula dos interrogantes respecto del contenido esencial de los derechos, la primera es, si lo que se protege por la garantía del contenido esencial es el derecho subjetivo o la garantía objetiva; y la segunda, es acerca del valor de la protección.

Respondiendo la primera de las interrogantes señala que, para la teoría objetiva, la protección del núcleo esencial se refiere al derecho fundamental como norma objetiva y no como derecho subjetivo, siendo el objeto de protección del precepto una garantía general y abstracta prevista en la norma y no una posición jurídica concreta del particular; en cambio, para la teoría subjetiva, el objeto de la protección del núcleo esencial del derecho es la dimensión del derecho subjetivo del individuo.

Frente a dicho dilema, Gomes Canotilho sostiene una posición intermedia, con la cual nos sentimos identificados, en efecto, el autor comentado señala que si bien la restricción del ejercicio de los derechos tiene que tener en consideración la función de los derechos en la vida comunitaria y la necesidad de limitaciones al ejercicio de ellos por parte de los individuos, la protección del núcleo esencial no puede abandonar su dimensión subjetiva, por lo cual es necesario evitar restricciones conducentes a la eliminación o aniquilamiento de un derecho subjetivo individual (ejemplos: el derecho a la vida, en el caso de la pena de muerte; la libertad personal, en el caso de la pena de presidio perpetuo), ya que de lo contrario se vulnera el núcleo esencial y básico del derecho a la vida (artículo 19, núm. 1) o del derecho a la libertad personal (artículo 19, núm. 7), en el caso de nuestro ordenamiento constitucional chileno.

Respecto de la segunda interrogante, acerca de cuál es el valor de la protección, el autor en comentario sostiene que, por una parte, las teorías absolutas ven en el núcleo esencial un contenido normativo irrestringible,

214 Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, Portugal, Libraria Almeida, 1993, pp. 618-620.

abstractamente fijado, el que no puede ser relativizado por otro derecho situado en contraposición con el primero; mientras que, por otra parte, las teorías relativas ven en el núcleo esencial el resultado de una ponderación de bienes, la cual en una perspectiva radicalizada lleva a identificar el contenido esencial del precepto con el principio de proporcionalidad.

También en esta materia es conveniente recurrir a una teoría mixta, que considere aspectos absolutos y relativos. Aspectos relativos, ya que la propia delimitación del contenido esencial del derecho tiene que armonizarse con la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados; aspectos absolutos, ya que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional, como expresan Gomes Canotilho y Vital Moreira.<sup>215</sup> Así, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye el reducto último indisponible por cualquier medida legal restrictiva, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional portugués en diversas sentencias (8/84, DR II, 3/5/86; 76/85, DR II, 8/6/85; 31/87, DR II, 1/4/87).

Es conveniente contestarse otras dos preguntas, ¿es determinable el contenido esencial de los derechos?, y ¿a quién corresponde determinar dicho contenido esencial?

La primera interrogante implica desarrollar un método adecuado, el cual incluye el contenido esencial de relevancia expreso o tácito, que es el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos efectúan, en su articulado, sobre dicho contenido esencial, la determinación de los límites del contenido esencial de los derechos (que constituyen, como establece su nombre, el límite o frontera que contribuye a especificar el contenido esencial), y las limitaciones externas al contenido esencial (regulaciones complementarias que no forman parte del contenido esencial del derecho). Así, el núcleo esencial del derecho está constituido por las dos primeras categorías antes establecidas y excluye la tercera, que constituye la regulación del ejercicio de los derechos.

Respecto a la segunda interrogante planteada, en relación del órgano o institución destinado a determinar ese núcleo esencial de los derechos, nos parece que éste sólo puede ser determinado por el poder constituyente originario o instituido y por los tratados internacionales que contengan

215 *Op. cit.*, p. 632.

derechos humanos o esenciales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

No le corresponde al legislador determinar dicho núcleo o contenido esencial, ya que éste es el principal sujeto pasivo de la obligación de respeto del artículo 19, núm. 26. Tampoco a la doctrina constitucional, ya que ella carece de legitimidad constituyente, no es representativa del cuerpo político de la sociedad directa ni indirectamente, y tampoco está habilitada por la Constitución para ello; además, es necesario agregar, las diferentes perspectivas que la doctrina ha desarrollado sobre el punto, como ya hemos visto con anterioridad. Por último, es necesario preguntarse si dicha tarea corresponde también al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, en cuanto órganos jurisdiccionales encargados de ejercer jurisdicción o justicia constitucional. Consideramos que los órganos jurisdiccionales sealados no son órganos constituyentes, sino que sólo les corresponde interpretar y aplicar la normativa constitucional, dicha perspectiva se refuerza con lo establecido en el artículo 5o., inciso 2 de la Constitución, ya que ellos como órganos del Estado, están igualmente obligados junto a todos los demás, a respetar y promover los derechos fundamentales, esenciales o humanos, que están asegurados constitucionalmente o por los tratados que contengan derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes.

El Tribunal Constitucional no tiene posibilidad alguna de pronunciarse sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales, salvo cuando ellos hayan sido afectados o transgredidos por un proyecto de ley o por un decreto supremo, en especial en el primer caso, ejerce una especie de tutela general de los derechos, indicando la doctrina aplicable. No hay, en el ordenamiento jurídico chileno, mecanismo alguno para que el Tribunal Constitucional pueda controlar la aplicación de la doctrina que pueden hacer los tribunales ordinarios o especiales, en materia de derechos fundamentales.

Ya hemos analizado que los tribunales, en sus diversas instancias están obligados por el artículo 6o. de la Constitución a aplicar directamente las normas del texto fundamental, y en especial los derechos fundamentales, como lo establece el artículo 5o., inciso 2. Así, siempre que en la interpretación de un norma ordinaria se desconozca el contenido normativo de un derecho fundamental, estamos ante un atentado contra la carta fundamental. Los tribunales de justicia ordinarios y especiales están obligados a aplicar el derecho constitucional, en especial, el que emana de los

derechos fundamentales y a interpretarlo en el sentido que otorgue la mayor garantía de los derechos (principio *favor libertatis*), y teniendo presente la interpretación y aplicación hechas por las instancias internacionales, regionales o supranacionales encargadas de aplicar e interpretar los derechos humanos conforme a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile.

Sin embargo, la interpretación de las normas constitucionales, y su núcleo central, el aseguramiento, garantía y promoción de los derechos fundamentales, difiere bastante de la interpretación de las leyes ordinarias, lo que requiere de principios, técnicas y actitudes que, como sostiene Mauro Cappelletti, son “difícilmente compatibles con la tradicional debilidad y timidez del juez de modelo continental”.<sup>216</sup>

El manejo de la fuente constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes aparece poco en los operadores jurídicos, son pocos los tribunales nacionales que manejan con soltura dichas fuentes, y mucho más difícil aún, es que manejen la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, intérpretes y aplicadores últimos del derecho de los derechos humanos a nivel mundial o regional.

Ello se debe a que parte importante de los jueces no han sido formados en la protección de los derechos fundamentales y en la aplicación directa de la Constitución, no habiendo aún tiempo suficiente para que los nuevos académicos del ámbito del derecho público, hayan formado a los nuevos jueces en la materia. Se trata de un problema de formación de operadores jurídicos en la nueva dimensión del derecho constitucional de los derechos humanos, que recién comienza a desarrollarse en el país, y en lo cual, le corresponderá un rol importante a la Escuela Judicial recientemente creada en nuestro país. Pasar algún tiempo todavía para que los jueces y abogados formados en la nueva disciplina adquieran progresivamente el acto reflejo primero de invocar directamente la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos y luego las leyes dictadas en conformidad con ellos.

Pero el problema no es sólo de carácter normológico (de norma positiva, interpretación y aplicación), es también un problema de cultura

<sup>216</sup> Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 603.

general de los derechos fundamentales y de práctica sociológica de ellos. Cuanto mayor sea esta cultura general más permitir que los valores y derechos fundamentales reconocidos por la carta fundamental, penetren profundamente en la cultura de los operadores jurídicos (abogados y jueces), mayor ser la difusión en todos los niveles jurisdiccionales de la tutela de los derechos humanos.

*Algunas acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales: la acción de amparo o protección y la acción de habeas corpus*

En el ámbito latinoamericano se han desarrollado diversas acciones protectoras de derechos fundamentales entre las que sobresalen las acciones de amparo, protección o tutela y la acción de *habeas corpus*.

En el caso de la acción de amparo de derechos es conveniente señalar que en los casos de Costa Rica Venezuela protegen también los derechos asegurados por los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución venezolana agrega los derechos implícitos.

En efecto, la nueva Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 27, párrafo primero, especifica que “toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Por otra parte, si bien no está establecido en su texto constitucional, vale la pena destacar la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, la cual establece que el objetivo de la jurisdicción constitucional es también “garantizar los principios y normas del derecho internacional y comunitario vigentes en la República, así como su uniforme interpretación y aplicación”, como señala Hernández Valle.<sup>217</sup>

En efecto, el artículo 2o., inciso a), de la ley señalada, dispone que corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional “garantizar, mediante los recursos de *habeas corpus* y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica”.

217 Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 10.

### III. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN (AMPARO O TUTELA)

Una de las acciones más importantes, protectora de derechos fundamentales es la acción de protección establecida en el artículo 20 de la Constitución, equiparable a la acción de amparo o tutela en el derecho comparado latinoamericano.

El factor que hace procedente la acción de protección es la existencia de acto u omisión arbitraria o ilegal que produzca privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de un derecho de los señalados expresamente en el artículo 20 de la Constitución Chilena.

Previamente al análisis del recurso de protección en Chile, pasaremos revista en forma cronológica al origen y desarrollo del recurso de amparo en el contexto latinoamericano (México (1917), Venezuela (1961), Brasil (1988), Perú (1993) y Argentina (reforma de 1994).

#### 1. *El origen de la acción de amparo en el derecho mexicano*

Es la nación histórica, original, del derecho de amparo mexicano, como instrumento procesal específico para la persona humana, la que ha tenido una amplia difusión internacional, tanto en los ordenamientos internos de muchos países (Argentina, Bolivia, Costa Rica, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, a los cuales deben agregarse instrumentos similares como el mandado de segurança y de injeção brasileiro, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiano), como asimismo en los instrumentos internacionales, artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, artículo 2o., inciso 3, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 25).

La primera versión del amparo mexicano nace en la Constitución del Estado de Yucatán de 1941, en base al proyecto elaborado por Manuel Crescencia Rejón. En el ámbito nacional mexicano, el amparo aparece en el Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847, que se inspiró en el proyecto elaborado por el jurista mexicano Mariano Otero; luego fue incorporada en el Congreso Constituyente de 1856-1857, auto 101-102 de la Constitución de febrero de 1857, a partir de la cual se perfeccionó la acción de amparo, aceptándose incluso, de acuerdo a una interpretación

constitucional del artículo 14 de la Constitución, respecto de sentencias judiciales. La Constitución vigente mexicana configura la acción de amparo, inicialmente en los artículos 103 y 107, produciendo a través de las leyes reglamentarias de 1919 y de 1936, un gran atochamiento en la Corte Suprema de juicios de amparo, Ello llevó a la reforma constitucional y reglamentaria de 1951 y 1968, creando los tribunales colegiados de circuito que con el objeto de auxiliar a la Corte Suprema en el conocimiento de los juicios de amparo, a su vez, la segunda reforma, distribuyó los juicios de amparo entre los tribunales colegiados de circuito y la Corte Suprema.

#### *A. Estructura de la acción de amparo*

El amparo mexicano tiene una estructura muy compleja, abarcando cinco funciones diversas, ya que como señala Fix-Zamudio, “puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria”.<sup>218</sup>

#### *B. El ejercicio de la acción y sus características*

El ejercicio de la acción de amparo presenta como características básicas, que puede hacerse valer en cualquier tiempo, no tiene plazo preclusivo, inclusive puede formularse a cualquier hora del día o de la noche; la demanda de amparo puede plantearse oralmente, en casos urgentes, incluso por telégrafo, debiendo luego ser ratificada por escrito dentro de los tres días siguientes; puede ser presentada ante el juez federal de distrito, ante un juez local de primera instancia, o en su defecto, ante cualquier funcionario judicial del lugar en el que se pretende ejecutar el acto que se reclama. El amparo mexicano se caracteriza por los principios de validez, concentración, economía procesal y doble instancia.

<sup>218</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 30 y 31.

### C. *La tramitación del amparo*

Una vez efectuado el análisis sobre admisión de la demanda, después de un examen *in limine*, el propio juez federal solicita informe a las autoridades demandadas, las que deben rendirlo dentro de un plazo de cinco días, que puede ser ampliado hasta por otros cinco días, acompañando los documentos justificativos de su actuación de omisión. Dicho informe tiene todos los efectos de la contestación de la demanda en el proceso ordinario, ya que su ausencia determina que se tengan por ciertos, los actos que se reclaman, y además la imposición de una multa, dándose traslado al tercer interesado, si lo hay.<sup>219</sup>

A su vez, en el mismo proveído por el cual se admite la demanda, se fija la fecha para la celebración de una audiencia pública, en un plazo no superior de treinta días, audiencia en la cual luego de recibirse las pruebas, se formulan los alegatos (generalmente presentados por escrito), y si corresponde, el dictamen del Ministerio Público Federal, después de lo cual debe dictarse la sentencia correspondiente.

### D. *La sentencia*

La sentencia que se pronuncia en el juicio otorga el amparo, puede denegarlo o sobreseer el juicio.

Así hay sentencias declarativas de condena.

Además, el juez desde 1986 opera con la institución *iura novit curia*, en todas la materias, debiendo el juez conocer y aplicar el derecho, aun cuando las partes no lo invoquen correctamente, operando hacia una suplencia de queja.

A su vez, las autoridades reticentes a ejecutar los fallos o repetido de los actos sancionados, el juez de oficio o a petición de parte, debe enviar el expediente al Tribunal en pleno de la Corte Suprema de Justicia, la cual luego de estudiar el caso, y una vez de comprobada la infracción de la autoridad, esta última debe ser destituida y debe enfrentar un juicio penal.

219 Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 28a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 883-1991.

### *E. La apelación y revisión de la sentencia de primera instancia y reclamación*

En segunda instancia, el tribunal que conoce la materia es la Corte Suprema de Justicia o los tribunales colegiados de circuitos, cuya presidencia determina la admisión y regularidad de la apelación, teniendo las partes luego un plazo de diez días, transcurrido este plazo se envía el expediente al Ministerio Público Federal para que emita su dictamen en caso pertinente, luego de lo cual un Ministro redacta el proyecto de sentencia, distribuyéndolo entre los demás ministros de la Sala o Tribunal Pleno, en su caso, citándose a una audiencia pública para su discusión y voto, si ella no es aprobada, se designa a un ministro del criterio mayoritario, para la redacción de la sentencia, permitiendo, en todo caso, que los ministros disidentes formulen sus opiniones en votos particulares.

El recurso de reclamación procede contra las resoluciones de trámite del presidente de la Corte Suprema de Justicia o de los tribunales colegiados de circuito, ante el Tribunal en Pleno, la Sala o el mismo Tribunal que deba conocer el asunto en cuanto al fondo.

### *F. La posible suspensión de los actos reclamados*

En el juicio de amparo mexicano existe la institución llamada “suspensión de los actos reclamados”, la cual se ha ido perfeccionando por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales colegiados de circuito y aceptadas por el legislador para perfeccionar la institución de acuerdo con los principios de las medidas cautelares, las cuales se dividen en dos grandes grupos:

La suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo de doble instancia, que corresponde su conocimiento en primera instancia a los jueces de distrito, y en caso de apelación, a los tribunales colegiados de circuito de segunda instancia.

Estas medidas precautorias se clasifican en dos sectores:

- a) La suspensión de oficio, que es aquella que otorga el juez federal de distrito sin audiencia a la autoridad o al tercer interesado, cuando en la demanda se establece como actos reclamados aquellos que pongan en peligro la vida de las personas, las deportaciones o destierros, los actos prohibidos por la Constitución en

su artículo 22, los que pueden quedar consumados de manera irreparable, o se trata de reclamos de actos que afecten derechos colectivos de campesinos afectados al proceso de reforma agraria (artículos 123 y 233 de la Ley de Amparo), medida que puede comunicarse telegráficamente a las autoridades que no residen en el lugar, del juez federal respectivo.

- b) Las medidas que se otorgan sólo a solicitud de la parte afectada, otorgándose después de un procedimiento incidental, en el cual comparecen las autoridades denominadas y los terceros interesados, en caso de que estos existan, se les solicita un informe sobre la existencia de los actos impugnados y la procedencia de la medida solicitada, y sólo después de dicha audiencia en la que, además, se rinden las pruebas y se formulan los alegatos, el juez federal decide sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada.

En todo caso, la medida precautoria no puede otorgarse cuando ella cause perjuicio al interés social o se contravengan deposiciones de orden público. A su vez, si ella produce o puede producir daños a terceros, el reclamante debe constituir una garantía que permita resaciarlos en el caso de que no se obtenga una sentencia favorable y, a su vez, cuando se trate de cuestiones patrimoniales, los terceros pueden otorgar una contragarantía con el objeto de que se ejecuten los actos reclamados y pueden responder de los daños, que con esa ejecución se causen al peticionario del amparo, como la determinan los artículos 125-127 de la Ley de Amparo, montos que son fijados por el juez federal de distrito.

### G. *Naturaleza del amparo mexicano*

A través de su desarrollo, la doctrina ha calificado de diversas formas el amparo, algunos lo han calificado como interdicto para recuperar el goce de los derechos fundamentales, otros lo han calificado de cuasi proceso,<sup>220</sup> unos terceros consideran que es un proceso en todos sus aspectos, otra perspectiva lo considera un proceso autónomo de impugnación,<sup>221</sup> otros los consideraron como un medio de control constitucional,<sup>222</sup> final-

220 Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos...*, op. cit., p. 85.

221 Valenzuela, Arturo, *La norma procesal del amparo*, México, Marelia, 1960, 9. 23.

222 Castillo Larrañaga, José y Piña, Rafael, *Instituciones de derecho procesal civil*, 4a. ed., México, 1958, p. 309.

mente Emilio Rabasa ha señalado la naturaleza procesal del amparo, señalando que tiene un doble aspecto de proceso constitucional autónomo y de recurso extraordinario, lo cual es compartido también por Fix-Zamudio.<sup>223</sup>

Se trata de un proceso autónomo, ya que se inicia con una demanda, de la cual se da traslado a las autoridades correspondientes responsables y a los terceros perjudicados, las autoridades tienen la obligación de rendir un informe justificado que constituye una contestación a la demanda, su ausencia produce los mismos efectos que la rebeldía del demandado en el proceso común, la presunción de que son verdaderos los actos que se le imputan. En el caso de presentarse el informe justificado, queda fijada la materia de la controversia, salvo casos excepcionales. La primera instancia se concentra en una audiencia de pruebas, alegatos y sentencias, siendo impugnables esta última ante la Corte Suprema o los tribunales colegiados de circuito a través del recurso de revisión que constituye una auténtica apelación.

A su vez, tiene similitud con el recurso extraordinario, ya que configuran recursos extraordinarios de anulación siendo los vicios impugnables: errores in indicando o errores in procedendo.

## 2. *El amparo en Venezuela*

Como señala Fix-Zamudio, la Constitución de 1961, al incorporar el derecho de amparo “consagró definitivamente el derecho de amparo como instrumento procesal para proteger todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente”, lo que ha sido “uno de los aciertos más destacados de la avanzada carta fundamental de 1961”.

La Constitución venezolana de 1961 en su artículo 49 establecía:

Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento ser breve y sumario y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

223 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos...*, *op. cit.*, p. 126.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 27, determina:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún en aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier asunto.

### A. *Naturaleza y características de la acción de amparo*

Como establecen Brewer Carias y Ayala, la Constitución de Venezuela no consagró solamente una acción de amparo con el objeto de garantizar los derechos constitucionales, sino que estableció “un derecho fundamental al amparo” con la “obligación para todos los tribunales de amparar a los habitantes de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, o que sin estar enumerados en el texto, sean inherentes a la persona humana”.<sup>224</sup>

Hasta 1997, el derecho y acción de amparo no habían sido regulados por una ley, sino sólo por la aplicación que habían hecho de la acción los tribunales de primera instancia, la Corte Primera de lo contencioso administrativo y las salas de la Corte Suprema.<sup>225</sup>

Lo específico de esta acción procesal constitucional está dado por el procedimiento “beve y sumario” lo que lo distingue claramente de otros medios procesales. Por otra parte, la disposición constitucional del artículo 196, afirma la existencia de una jurisdicción de amparo al establecer el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. A su vez, el objeto del amparo es “restablecer

224 Brewer-Carias, Alan, R. y Ayala Carao, Carlos M., *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 11.

225 Véase Instituto de Estudios Jurídicos del Estado de Lara, 2 ts. Bearquisimeto, Caracas, 1987. Linares Benzo, Gustavo, *El proceso de amparo en Venezuela, Caracas*, Editorial Jurídica Venezolana, 1993. Rondon de Sansó, Hildegard, *Amparo constitucional*, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1988, pp. 51 y ss.

inmediatamente la situación jurídica infringida. El amparo se distingue de otros instrumentos procesales porque la norma que establece la acción y la obligación de los jueces es directamente constitucional, por la necesidad de inmediatez en el cumplimiento de su objetivo y las características del proceso que debe ser breve y sumario, características que son todas de carácter copulativo, lo cual establece una jurisdicción de amparo, con características propias y diferentes de todos los demás.

### *B. Los jueces competentes en materia de amparo*

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, precisa en su título tercero, el tema de la competencia judicial respectiva, conforme a tres criterios básicos: la materia (la que debe ser afín con la naturaleza del derecho o garantía constitucional vulnerada); el territorio (jurisdicción del lugar donde ocurrió el hecho, acto u omisión); y el grado (tribunales de primera instancia).

### *C. El criterio central es la materia para la determinación de la competencia de amparo*

La Ley Orgánica de Amparo, antes señalada, vigente desde 1988 y de cumplimiento obligatorio, determinó la competencia en base al grado (primera instancia) y la materia (judicatura afín con el derecho constitucional violado), y el territorio (dónde ocurrió el hecho, acto u omisión); como lo señala expresamente el artículo 7o. de la Ley, retornando la jurisprudencia dominante:

son competentes para conocer la acción de amparo, los tribunales de primera instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o la garantía constitucionales violadas o amenazadas de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

Agrega dicho artículo 7o. que “en caso de duda se observarán en lo pertinente las normas sobre competencia en razón de la materia”.

### *D. Legitimación activa en la acción de amparo*

Como señala el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo: “la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta ante el juez competente

por cualquier persona natural o jurídica, por representación o directamente, quedando a salvo las atribuciones del Ministerio Público y de los procuradores de menores, agrarios y del trabajo, si fuere el caso”.

Respecto del Ministerio Público, la ley no agrega ninguna atribución nueva, fuera de lo que la había otorgado el artículo 42, ordinal 19 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: “intervenir en los procesos de amparo”.<sup>226</sup> En efecto, de acuerdo a dichas normas los fiscales públicos pueden actuar en los procesos de amparo como partes formales de buena fe, en procura del respeto de los derechos y garantías constitucionales conculcados, una vez que el juez participe al Ministerio Público de la apertura del procedimiento, como lo establece el artículo 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, de forma tal que queda claro que éste no tiene legitimación activa en los procesos de amparo.

### *E. Las partes en el proceso de amparo*

Por regla general, parte es el sujeto activo o pasivo de la pretensión que se hace valer en la demanda judicial. En el proceso de amparo, tanto la doctrina, la jurisprudencia y la Ley Orgánica de Amparo, dictada en 1988, sostiene que ésta sea con presencia de las partes, la ley misma utiliza dicho concepto en los artículos: 21: “En la acción de amparo los jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes y cuando el agravante sea una autoridad pública quedarán excludidos del procedimiento los privilegios procesales”; 25: “Quedan excluidas del procedimiento constitucional del amparo todas las formas de arreglo entre las partes...”; 26: “El juez que conozca del amparo, fijar dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación del informe por el presunto agravante o de la extinción del término correspondiente, la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos”. Tal perspectiva lleva a sostener que el proceso de amparo es de carácter bilateral y no unilateral como se sostiene, generalmente, por la doctrina y jurisprudencia chilena.

<sup>226</sup> Véase Ayala Carao, Carlos, “La acción de amparo constitucional en Venezuela”, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 133-136.

### F. *El sujeto activo de la pretensión*

El artículo 196 sostiene que “los tribunales ampararán a toda persona, siendo ella toda persona natural o jurídica que sea lesionada en sus derechos. A su vez, la ley orgánica de amparo recoge esta perspectiva, señalando en su artículo 1o., que podrá solicitar amparo “toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta”.

### G. *El sujeto pasivo de la pretensión*

El artículo 2o. de la Ley Orgánica de Amparo establece que:

la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley.

Se entender como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente.

Los artículos 3o., 4o. y 5o. de la Ley Orgánica de Amparo establecen, sucesivamente, la acción de amparo contra normas, la acción de amparo contra decisiones judiciales y la acción de amparo contra actos administrativos, vías de hecho y conductas omisivas de la administración.

En el caso de la acción de amparo contra normas procede cuando se viola o amenace la violación a la Constitución, a través de una norma jurídica infraconstitucional, permitiendo al juez inaplicar la norma impugnada, el cual también deberá informar de su decisión a la Corte Suprema de Justicia, lo que, en la práctica, constituye una jurisdicción constitucional difusa en materia de normas jurídicas.

La acción de amparo contra decisiones judiciales opera, cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicta una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. En tal caso la acción debe interponerse ante el tribunal superior, al que emitió dicho pronunciamiento, quien debe decidir en forma breve, sumaria y efectiva.

La acción de amparo procede también contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones, u omisiones que vio-

len o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal local, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.

#### H. *Los derechos tutelados por el amparo*

El artículo 196 de la Constitución de Venezuela establece la tutela de la acción de amparo a los derechos y garantías que la Constitución establece incluyendo aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

##### I. *La acción de amparo sólo protege las lesiones a los derechos que sean reparables*

El artículo 6o., numeral 3) de la Ley Orgánica de Amparo, establece que la acción de amparo no puede admitirse “cuando la violación del derecho o de las garantías constitucionales constituye una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida”, agregando que se “entender que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no puedan volver las cosas al estado que tenían antes de la violación”.

En tales casos la acción de amparo debe declararse inadmisibile o rechazarse, lo que es lógico cuando la acción no puede alcanzar su finalidad que es el restablecimiento del derecho a la situación anterior a su violación.

##### J. *La acción de amparo es una acción extraordinaria y en principio, subsidiaria*

Ello queda claro de las exigencias para la administrabilidad de la acción, que son los siguientes: a) que no exista otro medio procesal; b) que no exista otro medio capaz de reparar los posibles daños a un derecho constitucional; c) que no exista otro medio que posea operatividad inmediata, como lo ha exigido la jurisprudencia.<sup>227</sup>

A su vez, la Ley Orgánica de Amparo, en su artículo 6o. establece, las causales de la inadmisibilidat del amparo:

<sup>227</sup> Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 20 de febrero de 1986; *ibidem*, del 7 de julio de 1987.

1) Cuando haya cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarle.

2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales no sea inmediata, posible y realizable por el imputado.

3) Cuando la violación del derecho o la garantía constitucionales, constituya una evidente situación irreparable, no siendo posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Se entenderá que son irreparables los actos que, mediante el amparo, no pueden volver las cosas al estado que tenían antes de su violación.

4) Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho a las garantías constitucionales hayan sido consentidos, expreso o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infringen el orden público o las buenas costumbres.

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.

6) Cuando se trata de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia.

7) En caso de suspensión de derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 241 de la Constitución, salvo que el acto que se impugne no tenga relación con la especificación del decreto de suspensión de los mismos.

8) Cuando esté pendiente de decisión una acción de amparo ejercitada ante un Tribunal en relación con los mismos hechos en que se hubiese fundamentado la acción propuesta.

Así puede sostenerse, que el amparo puede utilizarse cuando existen violaciones a los derechos fundamentales sin que ningún otro medio ofrezca protección, cuando los demás medios sean incapaces de evitar daños irreparables al derecho fundamental afectado, o cuando circunstancias excepcionales hacen necesario el inmediato restablecimiento del derecho.

### *K. Contenido de la solicitud de amparo*

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo establece los siguientes contenidos de la solicitud:

1) Los datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúa en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido.

2) Residencia, lugar y domicilio, tanto del agraviado como del agravante.

3) Suficiente señalamiento e identificación del agravante, si fuere posible, e indicación de la circunstancia de localización.

4) Señalamiento del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación.

5) Descripción narrativa del hecho, acto u omisión y demás circunstancias que motivaron la solicitud de amparo.

6) Y, cualquiera explicación complementaria relacionada con la siguiente situación jurídica infringida, a fin de ilustrar el criterio jurisdiccional.

Esta solicitud o demanda de amparo debe formularse en principio por escrito, aunque la ley (artículo 16) permite hacerlo oralmente reduciéndose a un acta, también se permite la vía telefónica en cuyo caso debe ser ratificada por el agraviado o su representante dentro de los tres días siguientes.

En el caso de que la solicitud del agraviado no llenare los requisitos antes señalados o sea confusa, se notificar al solicitante para que corrija los defectos u omisiones dentro del plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la respectiva notificación, si no lo hiciere la solicitud será declarada inadmisibile, así lo dispone el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo.

### *L. El desarrollo procesal del amparo*

El tribunal que conoce de la solicitud de amparo tiene potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que lo preceda.

En este caso el nombramiento de amparo deber ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación.

A su vez, como ya habíamos anticipado en la acción de amparo los jueces deben mantener una absoluta igualdad entre las partes.

En el caso de que el juez no optara por el restablecimiento inmediato de la situación jurídica puede adoptar medidas cautelares, necesarias para asegurar un estado de cosas que permita ejecutar la sentencia, a su vez deber ordenar al sujeto pasivo del amparo, que en el término de cuarenta y ocho horas, contadas desde la respectiva notificación, informe al tribu-

nal sobre la pretendida violación o amenazada que le hubiere motivado la solicitud de amparo. Si dicho informe no es emitido se entenderá como aceptación de los hechos incriminados. Este informe es una especie de contestación de la demanda de amparo, por la naturaleza bilateral del proceso de amparo.

Dicho informe debe contener una relación suscinta y breve de las pruebas en las cuales el presunto agraviante, pretenda fundamentar su defensa, sin perjuicio de la potestad evolutiva conferida al juez competente.

El agraviado puede desistirse de la acción de amparo, salvo el caso de que el derecho de orden público o que pueda efectuar las buenas costumbres.

El juez que conozca del amparo en primera instancia, fijará dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación del informe por el presunto agravamiento o de la extinción del término correspondiente, la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos, que ya han sido fijados en la solicitud y en el informe respectivamente.

Concretado dicho acto, el juez dispone de un término improrrogable de veinticuatro horas para decidir la solicitud de amparo constitucional.

### M. *La sentencia*

El juez que determine el restablecimiento de la situación jurídica infringida ordenará, en la parte dispositiva de la sentencia, que el mandamiento sea acatado por todas las autoridades de la República, so pena en incurrir en desobediencia a la autoridad.

Por otra parte, cuando la acción de amparo se ejerciere con fundamento en violación de un derecho fundamental, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenar la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido.

La Ley Orgánica de amparo, en su artículo 31, establece que “quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez, ser castigado con prisión de seis a quince meses”.

En contenido de la sentencia está precisado en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo; según el cual se debe cumplir las siguientes exigencias formales:

- a) Mención concreta de la autoridad, ente privado o persona contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo.
- b) Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución.
- c) Plazo para cumplir lo resuelto.

Por último, en el caso que se trate de quejas contra particulares, se impondrá las costas al vencido, quedando a salvo las acciones a que pudiere haber lugar.

#### N. *La posibilidad de apelación*

Dictado el fallo, la partes tienen tres días para apelar (artículo 35 de la Ley). Se haya o no recurrido contra la sentencia, ésta se consulta al superior jerárquico, el cual tiene treinta días para decidir, ya sea la consulta o la apelación, contados desde la recepción de las copias que se le remitan de acuerdo al artículo 295 del Código de Procedimiento Civil. Respecto del plazo que tiene el Tribunal de segunda instancia para resolver, no hay coherencia con la perspectiva de proceso breve y sumario, ni con la celeridad que se señala como característica del proceso de amparo, aunque sean días continuos.

La ley no contempla el recurso de casación y la jurisprudencia ha rechazado reiteradamente tal posibilidad, considerando que el amparo no es un juicio civil, mercantil o del trabajo, como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

#### O. *La naturaleza de la sentencia y sus efectos*

La sentencia de amparo definitiva “produce cosa juzgada formal”, a reserva, como señala Carlos Ayala, “de que el fondo de la relación material, sea devalido por los medios ordinarios”, agregando que:

la naturaleza de cosa juzgada formal de la sentencia de amparo viene dada entonces, por las siguientes características del proceso de amparo: 1) la materia de amparo limita el conocimiento del juez a la lesión del derecho, para decretar el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida; 2) el proceso de amparo es limitado, en virtud de su naturaleza breve

y sumaria, y 3) la decisión únicamente tiene efectos relativos, particulares y concretos.<sup>228</sup>

Tal perspectiva está recogida en la misma Ley Orgánica de Amparo, en su artículo 36, que señala que la sentencia firme de amparo sólo “producir efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objeto del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente corresponden a las partes”.

### 3. *El mandamiento de injunción brasileiro*

En Brasil se ha desarrollado una institución similar al amparo, pero se diferencia de éste por algunas características, tal institución se recoge en la Constitución de 1988, en su artículo 5o., LXXI, de la siguiente forma: “Concédase mandamiento de injunción (mandado de injunção), siempre que la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la soberanía”.

Este mandamiento de injunción, la Constitución de 1988 lo reconoce a todas las personas.

Este mandamiento de seguridad, de acuerdo al artículo 102, I, q, de la Constitución establece al Supremo Tribunal Federal como órgano destinado a procesar y juzgar originariamente, el mandamiento de seguridad, cuando la elaboración de la norma reguladora fuera de atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado federal, de las mesas de una de las Cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores o del propio Tribunal Supremo Federal.

A su vez, el artículo 102, II, a), establece que compete al Supremo Tribunal Federal juzgar, en recurso ordinario, el mandamiento de injunción decidido en única instancia por los tribunales superiores, cuando fue una decisión denegatoria.

También, el artículo 105, I, h), señala que compete al Supremo Tribunal de Justicia, procesar y juzgar, originariamente, “el mandamiento de injunción, cuando la elaboración de la norma reguladora fuera atribución del órgano, entidad o autoridad federal, de administración directa o

228 Ayala Corao, Carlos, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal o de los órganos de justicia militar, de la justicia electora, de la justicia del trabajo o de la justicia federal.<sup>229</sup>

### A. *Naturaleza y objetivo del mandamiento de seguridad*

La Constitución brasilera de 1988 establece el mandamiento de injunción como una acción constitucional judicial que tiene por objeto asegurar el ejercicio de cualquier derecho otorgado por la Constitución (individual, colectivo, político, económico o social) y de las libertades constitucionales no reglamentadas, como asimismo, las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.<sup>230</sup>

Sin embargo, hay autores brasileros que señalan que los derechos protegidos por el mandamiento de injunción, no incluyen los derechos económicos, sociales y culturales, interpretación que no tiene sustento constitucional en el artículo 5o., LXXI, que establece que el mandamiento de injunción se concederá siempre que, a falta de norma reglamentaria se torne inviable el ejercicio de los derechos constitucionales, sin que la norma constitucional los restrinja a categorías restrictivas.<sup>231</sup>

La limitación real del mandato de injunción se va a dar, por el hecho de que sólo tiene operatividad en el caso de la falta de norma reglamentaria que haga inviable los respectivos derechos; por lo tanto, cuando hay desarrollo legal no es viable la acción de mandamiento de seguridad, cuyo campo quedar cada vez más restringido a los derechos económicos, sociales y culturales.

### B. *El concepto de mandamiento de injunción*

La acción de mandamiento de injunción es un remedio constitucional, con naturaleza de acción judicial civil que tiene por finalidad conferir una inmediata y completa aplicabilidad, en favor del sujeto activo, de la norma constitucional portadora de derechos, libertades y prerrogativas,

229 Véase Silva, José Afonso da, *Mandado de injunção e habeas data*, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, pp. 18 y 19.

230 *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

231 En esta perspectiva véase Gonçalves Ferreira Filho, Manuel, "Notas sobre el mandato de *injunção*", *Repertorio IOB de jurisprudencia*, octubre de 1988, p. 29.

cuyo ejercicio sea inviable de otro modo, en virtud de ausencia de reglamentación adecuada.

### C. *El proceso del mandamiento de injunción*

El mandamiento de injunción no está regulado de modo específico por el derecho objetivo, ya que el derecho, libertad o prerrogativa que se pretende hacer valer, a través de esta acción constitucional es aquella cuyo ejercicio carece de norma reglamentaria, fundamentándose en normas constitucionales que confieren el derecho, libertad o prerrogativa objeto de interpretación. La imputación se caracteriza por el hecho de que la carta fundamental Brasileira prevé derechos, libertades y prerrogativas que dependen de reglamentación, cuya inexistencia inviabiliza el ejercicio del derecho.

Así, el mandamiento de injunción revela el conflicto de intereses calificado por la pretensión del agraviado y por la resistencia del sujeto pasivo o agravante, la que ser solucionada por la sentencia que se dictar en el respectivo proceso.

De esta forma, la interpretación que concreta el agravamiento o sujeto activo del mandamiento de injunción es siempre de derecho público, porque se funda en normas constitucionales, las que sólo podrán ser satisfechas por el poder público, en todo caso, hay algunas situaciones en que la pretensión ser de derecho privado, cuando el sujeto pasivo sea un particular. Así, la relación procesal depender de la naturaleza de la pretensión y del sujeto pasivo u obligado a cumplir o satisfacer el derecho pretendido.

### D. *Las partes en el proceso de mandamiento de injunción*

La parte activa o agraviada, es el titular del derecho a la acción de mandamiento de injunción, el cual debe tener un interés directo y personal del derecho, libertad o prerrogativas cuyo ejercicio a falta de norma reguladora, se encuentra inviabilizado. A su vez, puede producirse una *litis consorcio* activo facultativo, cuando más de un sujeto activo o agraviado tenga los mismos derechos, libertades o prerrogativas y accionaren, sobre el mismo fundamento, contra el mismo sujeto pasivo. Por último, se admite también la institución de la representación asociativa de los

interesados mediante la impetración del mandamiento de seguridad, por una entidad asociativa en defensa de los derechos de sus afiliados.

El sujeto o parte pasiva es la persona o institución contra quien se impetra el mandamiento de seguridad, siendo aquella que tiene la obligación de prestar al derecho, libertad o prerrogativa que pretenda el sujeto activo, siendo personas naturales o personas jurídicas de derecho público o privado.

#### *E. El procedimiento del mandamiento de injunción*

La Constitución brasilera de 1988, no establece un procedimiento del mandamiento de injunción, siendo necesario aplicar por analogía la regulación del mandamiento de seguridad, mientras no se dicte una ley reguladora de la materia.

#### *F. La imprescriptibilidad de la acción*

El derecho subjetivo a impetrar el mandamiento de injunción es imprescriptible, por la simple razón de que el ejercicio de los derechos, libertades y prerrogativas objeto de ese remedio jurisdiccional son también imprescriptibles.

#### *G. Competencia de los tribunales*

El artículo 102 declara, competir al Supremo Tribunal Federal:

I. procesar y juzgar, originalmente:

q) el mandamiento de injunción, cuando la elaboración de la norma reglamentadora por atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, la Cámara de Diputados, del Senado federal, de los mesas de una de las Cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores, o del propio Tribunal Supremo Federal.

II. Juzgar, en recursos ordinarios:

a) El mandamiento de injunción, decididos en única instancia por los tribunales superiores, siendo denegatoria la decisión.

A su vez, el artículo 105 de la Constitución establece que compete al Tribunal Superior de Justicia:

I) procesar y juzgar, ordinariamente:

h) El mandamiento de injunción, cuando la elaboración de la norma reglamentadora fuere atribución del órgano, entidad o autoridad federal, de administración directa e indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de justicia militar, de justicia electora, de justicia del trabajo y de justicia federal.

La institución del mandamiento de injunción amplía el ámbito de la actividad jurisdiccional, ya que por ella, la Constitución autoriza al juez a decidir por equidad, lo que significa determinar que ella aplique la norma que el juez establecería si fuere legislador, no dictando normas generales, sino sólo explicitar el derecho para el caso concreto.

#### H. *La sentencia del mandamiento de injunción*

Tratándose de un juicio de equidad en que el juez decide, creando una norma tal como si fuere legislador, cuya sentencia fundada en equidad innova para el caso concreto, pudiendo ser así una sentencia constitutiva, ya que tiene por efecto constituir, modificar o extinguir una relación o situación jurídica; por otra parte, puede ser una sentencia condenatoria, porque la concretización del derecho puede hacerse imponiendo a otro su realización en beneficio del agraviado. Por otra parte, si el derecho ya está contenido en la Constitución y el tribunal se limita a declararlo sería una sentencia declaratoria, pero meramente declarativa no lo son, ya que el juez formula una de las diferentes posibilidades para tornar viable el ejercicio del derecho, dándole una formulación y un sentido concreto, más aún si se admite que la función jurisdiccional tiene siempre dimensiones creadoras.<sup>232</sup>

#### I. *Cosa juzgada y sentencia*

La cosa juzgada es la eficacia que determina la inmutabilidad de la sentencia, habiéndose agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios posibles. Como tal, el proceso de mandamiento de injunción, es un juicio que tiene como efecto su sentencia, la cosa juzgada.

El mandamiento de injunción, en los casos de sentencias condenatorias con efecto mandamental, imponen al poder público la prestación de de-

232 Silva, José Ofonso da, *op. cit.*, p. 47.

rechos u ordena a la autoridad, respectiva competente, cumplirlo, siendo ejecutado a través de medidas específicas destinadas a efectivizar el derecho reconocido bajo responsabilidad penal del agente reticente.

Así, en cada caso, el Tribunal encontrar la fórmula para hacer cumplir la sentencia favorable al sujeto activo o impetuoso.

#### 4. *El mandamiento de seguridad brasileiro*

En Brasil se ha desarrollado una institución procesal similar al amparo pero con algunas diferencias.

Su primera configuración constitucional viene de la Carta de 1934, el texto actualmente vigente que es la Constitución de 1988, señala en su artículo 5o., inciso LXIX que: “se concederá mandamiento de seguridad para proteger derecho líquido y cierto no tutelado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder fueren autoridades públicas o agentes de personas jurídicas en ejercicio del poder público”.

A su vez, el artículo 51, inciso LXX de la carta fundamental señala que el mandamiento de seguridad colectivo puede ser interpuesto por “a) partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, b) organizaciones sindicales; entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados”.

En principio el mandamiento de seguridad, tanto en su derecho doctrinal o jurisprudencial, ha devenido en un medio cautelador de los derechos fundamentales sumamente efectivo. Por otra parte, aún cuando el mandamiento de seguridad se creó para ser interpuesto sólo contra actos administrativos de seguridad y, excepcionalmente, proceda contra las disposiciones legislativas o resoluciones judiciales, vale decir, para proteger a las personas de los abusos de poder y actos ilegales, en la realidad la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se considera implícita en este proceso constitucional, lo cual es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, siendo un asunto pacífico en el derecho brasileiro, protegiendo todos los derechos constitucionales a excepción de la libertad personal protegido por el *habeas corpus*.<sup>233</sup>

233 Covalcanti, T. B., *Do mandato de segurança*, Sao Paulo, Brasil, 1957, pp. 136 y ss. Castro Nuñez, J., *Do mandato de segurança e outros meios de defesa contra atos de poder público*, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 1961, p. 28.

Respecto de las resoluciones jurisdiccionales por vía jurisprudencial se ha establecido que, en circunstancias muy excepcionales, como cuando no exista contra la resolución respectiva un recurso eficaz con efecto suspensivo, que pueda evitar la comisión de perjuicio de difícil reparación, procede el mandamiento de seguridad contra ellas.<sup>234</sup>

Por otra parte, la Constitución de 1988 abre la posibilidad de impugnar por esa vía actos de personas privadas (sólo personas jurídicas) cuando “actúan en el ejercicio de atribuciones de poder público, como sería el caso de un concesionario de servicio público”.<sup>235</sup>

A su vez, desde la perspectiva de funcionamiento, el procedimiento del mandamiento de seguridad “está presidido por los principios de oficialidad, concentración, sumariedad y amplias facultades al juez para otorgar medidas precautorias”.

##### 5. *La acción de amparo peruana*

La Constitución de 1979 y luego la Constitución de 1993, contemplan la acción de amparo en su artículo 200, junto con las acciones de *habeas corpus*, *habeas data* y la acción de cumplimiento.

La Constitución de Perú de 1993, en su artículo 200 establece como garantías constitucionales la acción de amparo, la que procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (a excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus*).

Nos interesa resaltar de este artículo de la carta peruana, de 1993, otros aspectos que continúan después del párrafo ya señalado, como los siguientes:

“El ejercicio de las acciones de *habeas corpus* y amparo no se suspenden durante los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución”, lo cual concuerda con el texto modificado en 1989 de la Constitución Chilena, en armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

234 Fix-Zamudio, Héctor, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, vol. IX, núm. 2, 1968, p. 134, nota 5.

235 Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 73.

Por otra parte, la carta fundamental peruana agrega en su artículo 200, parte final, que: “Cuando se interpongan acciones de esta naturaleza en relación a derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examine la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de Estado de emergencia ni de sitio”.

Tal norma constitucional es de suma importancia incorporarla en el texto constitucional chileno, el cual obligar a los tribunales pertinentes, de acuerdo al artículo 5o. y las disposiciones de los artículos 40 y 41 de nuestra Constitución, a realizar el respeto y garantía de los derechos examinando la regionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptados por la autoridad política.

### A. *Concepto*

La acción de amparo es un acción de garantía constitucional de carácter sumaria, que se formula ante el juez de primera instancia civil o ante la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente, dirigida a restablecer cualquier derecho reconocido por la Constitución de haya sido nombrado o amenazado por cualquier autoridad, funcionario o persona.

### B. *El objetivo o fin de la acción de amparo*

Esta acción tiene por objeto reponer las cosas al Estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, a excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus*.

La finalidad es restablecer el derecho violado, lo que implica simultáneamente: la suspensión de la violación y restituir en su derecho vulnerado o amenazado a la persona agraviada.

### C. *Procedencia de la acción*

La acción de amparo se ejerce contra actos u omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales, provenientes de autoridades, funcionarios o particulares, para garantizar y proteger los derechos constitucionales respecto de actos u omisiones que los vulneren.

La Ley de Amparo peruana establece, que el amparo procede contra hecho y no contra normas.<sup>236</sup>

A su vez, tanto la acción como la omisión de autoridad, funcionario o persona dan origen a la acción. Por otra parte, hay dos formas de violación, la vulneración que implica consumación y la amenaza que constituye un acto inminente por realizarse, real y objetivo.

#### D. *La jurisprudencia*

Según el artículo 9o. de la Ley 23.506, el amparo sentar jurisprudencia obligatoria cuando de dicha sentencia se desprenden principios de alcance general. Sin embargo, los jueces pueden apartarse de la jurisprudencia o del precedente, explicando las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución.

##### a. *Procedimiento*

La jerarquía de la acción de amparo es más restringida que la de *habeas corpus*, ya que sólo pueden ejercer la acción el afectado, su representante o el representante de la entidad afectada. Por excepción podrá ejercer la acción de amparo una tercera persona, sin necesidad de poder expresar, debiendo el afectado, una vez que esté en condiciones de hacerlo, ratificarlo la acción (artículo 26 de la Ley 23.506).

##### b. *El agotamiento de las vías previas*

Las acciones de amparo requieren que se hayan agotado las vías previas, vale decir, los procedimientos administrativos o institucionales privados, encaminados a resolver en este nivel los asuntos relacionados con la vulneración de derechos importantes como son los derechos constitucionales o los contenidos en tratados internacionales que contengan derechos humanos ratificados por el Perú, los cuales deben agotarse antes de iniciar la acción de amparo, siempre que tal vía previa esté legalmente predeterminada.

En todo caso procede la acción de amparo cuando no se hayan agotado las vías previas si:

<sup>236</sup> Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1994, p. 110.

- 1) Una resolución es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida o ejecutoriada.
- 2) El agotamiento de la vía previa, hace irreparable el agravio del derecho.
- 3) La vía previa no se encuentra regulada o se ha iniciado sin estar obligado a ello el agraviado.
- 4) No se resuelve la vía previa dentro del plazo fijado para ello.

### *c. La demanda*

La demanda o solicitud de amparo debe contener, de acuerdo a los artículos 424 y 425 del Código de Procedimientos Civiles, los siguientes requisitos:

a) El juez ante quien se interpone la acción de amparo, el nombre, datos de identidad, derechos y domicilio del agraviado, demandante o representante; b) Nombre y dirección del demandado; c) el derecho constitucional que debe ser restablecido; d) la fundamentación del petitorio (de hecho y de derecho) y e) los medios probatorios.

### *d. La defensa del Estado y sus funcionarios*

El Estado y sus agentes o funcionario son defendidos por la Procuraduría General de la República. Sin embargo, la intervención del procurador no es obligatoria, lo cual significa que si no se apersonan al tribunal, ello no paraliza el proceso, pero sí debe notificarse la demanda a la propia entidad fiscal o al funcionario respectivo.

### *e. La contestación de la demanda*

El agravante debe observar en su constestación los requisitos del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil Peruano:

a) Observar similarmente dos de las demandas; b) pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda; c) exposición de los hechos en que se funda la defensa, d) ofrecer los medios probatorios.

El procedimiento es, por tanto, de carácter bilateral, no cabe la posibilidad de reconocimiento ni excepciones.

### *i) No hay etapa probatoria en el amparo*

Dada la celeridad y urgencia que se requiere en la resolución de asuntos que afectan los derechos fundamentales no se puede dilatar el procedimien-

to, por lo cual no hay etapa de prueba, todo lo cual no impide la presentación de prueba instrumental o la realización de actuaciones que el tribunal señale, sin dilatar los términos. Con la misma frivolidad no se admiten excepciones incidentales. Todo lo cual lo señala la Ley 25.398, artículo 13.

f. *Integración de sentencias*

Esta integración de sentencias constituye la facultad que tienen los organismos jurisdiccionales superiores de completar las sentencias que revisan.

g. *Marco de interpretación del derecho*

La Ley 23.506 señala que los derechos protegidos por amparo deben interpretarse dentro del contexto general de la Constitución Política de la República del Perú, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República, y los principios generales del derecho y preferentemente los que inspiran el derecho peruano (artículo 159).

h. *Publicidad de las acciones de amparo*

Las sentencias ejecutoriadas en materia de amparo deben ser publicadas, obligatoriamente, dentro de los quince días siguientes en el *Diario Oficial El Peruano*, con el objeto de que la ciudadanía conozca la relevancia de los derechos constitucionales y así sean más respetados.

i. *La sentencia*

Con la contestación de la demanda o solicitud de amparo o sin ella, el juez resolver la causa dentro de tres días de vencido el término para la contestación, bajo responsabilidad.

j. *La cosa juzgada*

La sentencia firme y ejecutoriada produce efecto de cosa juzgada, la que en la acción de amparo peruano tiene características especiales, ya que sólo constituye cosa juzgada si favorece al demandante, en cambio si la resolución ha sido negativa, el agraviado puede formular nuevamente una acción de garantía por los mismos hechos, a condición de que no haya funcionado la caducidad de la acción de amparo.

### k. *Procedimiento y sanción al agravante*

La Ley de Amparo prevé el precesamiento y la sanción consiguiente del agravante que resulte responsable en la sentencia de amparo. Identificado el agresor debe abrirse la instrucción correspondiente, además de la pena que atañe, en caso de funcionario público, se le impone además la destitución del cargo y no podrá ejercer acción pública alguna hasta que hayan transcurrido dos años de cumplido la pena principal. El responsable paga también las costas del juicio y una indemnización por el daño causado.

Esta acción penal sólo se concreta si el agraviado le da impulso, y el juez instructor encuentre responsabilidad penal, aplicar la sanción.

#### 1. *El amparo en la Constitución argentina reformada en 1994*

El amparo se caracteriza por ser una acción rápida y expedita y una vía residual y extraordinaria (siempre que no exista otro medio judicial más idóneo), como asimismo, las restricciones al principio de contradicción. Bidart Campos considera que la acción de amparo constituye un ejercicio del derecho a la jurisdicción y de juicio de amparo, ya que la acción pone en movimiento un proceso jurisdiccional.<sup>237</sup>

Como señala Gozaíni el amparo es un derecho constitucional de acceso irrestricto consagrado en el artículo 43 y por el artículo 18 de la Constitución, en este último, en la parte que menciona la inviolabilidad del derecho de defensa en juicios de las personas y sus derechos.

El amparo es también una garantía procesal de los derechos humanos, el derecho al amparo, que pertenece a toda persona que busque la asistencia de sus derechos por medio de un recurso rápido y efectivo.

Esta misma perspectiva se desprende del artículo 196 de la carta fundamental de Venezuela que lo regula como un derecho constitucional, diferenciándolo de sus aspectos procesales, transformándose en un verdadero derecho constitucional.<sup>238</sup>

El artículo 43 de la Constitución argentina prohíbe el uso del amparo cuando “existe otro medio judicial más idóneo”.

En todo caso, la Corte Suprema argentina estableció fórmulas para esquivar el reparo establecido, sealando que el agotamiento administrativo

<sup>237</sup> Bidart Campos, Germán, *Régimen legal y jurisdiccional del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 338.

<sup>238</sup> Gozaíni, Osvaldo, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 5.

produce demora inusitada en la acreditación de los derechos, atendiendo un caso de pasaportes con trámite urgente, invocando que la persona debía abandonar el país con rapidez; o cuando los recursos administrativos resultarán inútiles o superfluos, retrasan la convención de derechos evidentes o fácilmente de notables, o la necesidad de detener una decisión rápida o eficaz.

En el caso español, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia que se hubiesen ratificado”.<sup>239</sup>

En Argentina, la reforma constitucional de 1994, establece que la acción resulta admisible “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”, lo que permite armonizar el texto con la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Se admite la acción contra actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente afecten derechos o garantías constitucionales.

Por otra parte, se agregan al ámbito de los derechos protegidos, además de los constitucionales, los establecidos en tratados y leyes, ya que los tratados de acuerdo al artículo 75, núm. 22, otorgan supremacía constitucional a los convenios que señala tal disposición de la carta fundamental.

Los derechos pueden ser explícitos o implícitos de acuerdo al artículo 33 de la Constitución argentina, que reconoce la existencia de derechos implícitos.

Así, la sentencia de la Corte Suprema argentina del 4 de octubre de 1994, Ballesteros, José. Acción de amparo, señala que:

la acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales

239 *Cit. por Gozáni, Osvaldo, op. cit., p. 16.*

aptas para resolverlas puede afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiera circunstancias muy particulares, caracterizados por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional.<sup>240</sup>

A su vez, como ya la Corte Suprema lo había determinado en el caso “Kot” señalando:

siempre que aparezca de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera, a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponder que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo... guardados la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional.<sup>241</sup>

De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la nación.<sup>242</sup>

En caso de dudas sobre la idoneidad de las vías concurrentes, y frente a tener que resolver sobre la admisión formal del amparo, creemos que debe estarse en favor de la eficacia de la acción intentada (*in dño pro actione*), pues ese es, como señala Gozaíni, “El deber de colaboración que la Constitución pide a los jueces, para realizar suficientemente la defensa y eficacia de la Corte Suprema”.<sup>243</sup>

Tal como ocurre en otros países, el amparo se supedita a la existencia de conductas de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, “resulta evidente que la vía del amparo no queda inhabilitada para cuestiones que requieren de mayor amplitud de debate o prueba”.<sup>244</sup>

240 *Ibidem*, p. 36.

241 *Idem*.

242 Véase Sagués, Néstor, *Ley de Amparo*, fallo 241-291, p. 168.

243 Véase Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, p. 40.

244 Morello, Augusto y Vallefin, Carlos, *El amparo. Régimen procesal*, Argentina, Editorial Platense, 1992, p. 36.

El tipo de procedimiento es sumarísimo en la acción de amparo, tal como se desprende de la Ley 16.986 y artículo 321, inciso 1 del Código Procesal Civil y Comercial argentino, también es de carácter informal, opera el principio de celeridad procesal y de carácter breve.

La demanda se limita a denunciar el acto o la omisión de autoridad pública o de particulares que, en forma actual o inminente, produzcan un acto lesivo a un derecho o garantía constitucional, o reconocido en tratados o leyes.

En el procedimiento por su celeridad hay pocas oportunidades para la alegación y réplica, como para la producción de prueba (la ilegalidad o arbitrariedad como lo hemos señalado debe ser manifiesta, si no lo es, debe utilizarse otro procedimiento).

Los plazos y términos establecidos son breves. Los recursos frente a la sentencia de primera instancia u otras impugnaciones sólo proceden en caso de rechazo in limine del amparo, la disposición de medidas para no innovar, la suspensión del acto impugnado y la apelación de la sentencia.

A vez, de acuerdo al artículo 13 de la Ley 16.986, la sentencia firma declarativa en el amparo, tiene el efecto de cosa juzgada, formal, dejando abierto el ejercicio de las acciones o recursos que pueden corresponder a las partes, con independencia del amparo, lo cual implica que la sentencia es provisoria, al no producir cosa juzgada material.

#### *a) Plazo para la deducción del amparo*

El artículo 2o. de la Ley 16.986 señala la inadmisibilidad de la acción de amparo, en el caso de que ésta fuere presentada después de quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

En el caso de omisiones, el plazo se cuenta desde “la fecha en que el acto debió producirse”.

#### *b) Requisitos de procedencia del amparo*

En el amparo se establecen tres condiciones exigidas para su procedencia:

a) Violación o amenaza de algún precepto reconocido por la Constitución, leyes o tratados; b) ilegalidad o arbitrariedad clara y manifiesta del acto lesivo, y c) inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un dao grave o irreparable si se desviara el reclamo a los procedimientos comunes.

### c) *Procedimiento*

La acción de amparo puede ser rechazada *in límine*. A su vez, el tribunal podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad de la *nome* en que se funda el acto u omisión lesiva.<sup>245</sup>

Rivas argumenta en el mismo sentido, señalando que el sistema de prelación obliga a otorgar prioridad a la norma constitucional por sobre todo el ordenamiento jurídico, la cual establece el deber al Estado de atribuir al ciudadano todos los derechos contenidos y adaptados, entre los cuales se encuentran los tratados y las leyes sobre derechos humanos.<sup>246</sup>

Osvaldo Gozaíni, quien señala que cuando el juez declara de oficio la inconstitucionalidad de una norma, no sentencia *extra petit*, “ya que se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionando el derecho aplicable a que resulta legitimado por la Constitución, desde que, el derecho —Constitución, inclusive—, no es una cuestión que pueda no ser sometida a juzgamiento”.

“Tampoco se transgrede el derecho a defensas, pues la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas no es imprevisible y no requiere debate previo”.<sup>247</sup>

En todo caso los efectos de dicha sentencia se aplican sólo *inter partes* no teniendo efectos *erga omnes*.

Por otra parte, al no existir el mecanismo en Argentina del precedente obligatorio (*store decisio*) del sistema americano, los jueces por tanto, no sufren menoscabo en su derecho-deber de interpretación.

### d) *Naturaleza jurídica del amparo argentino*

La acción de amparo es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, asimismo, es una acción constitucional, porque más allá de la garantía, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. De esta manera dicha acción constituye “un derecho humano a la justicia” como señala Fix-Zamudio y también Cappeletti.

La acción de amparo no es una acción popular, ya que debe ejercitarse un interés o derecho propio, personal y directo; careciendo de interés le-

245 Sagüés, Nestor Pedro, *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*, La laude, 1994, p. 1151.

246 Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, Buenos Aires, La Roca, 1987, p. 142.

247 Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, p. 55.

gítimo o de derecho subjetivo, no hay legitimación para interpretar la acción.

e) *La legitimación de amparo*

La deducción del amparo debe ser llevada por persona individual o jurídica que se considere “afectada”, como señala el artículo 5o. de la Ley 16.986, la misma exigencia plantea el artículo 43 de la Constitución, el cual amplía el cuadro de representantes al defensor del pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y a toda persona que acredite un interés legítimo.

f) *El amparo es un proceso bilateral*

Un sector claramente mayoritario de la doctrina Argentina (Bidart Campos, Gozaíni, Lazzarini, Sagüés, entre otros) sostiene la bilateralidad del proceso de amparo; como señala Néstor Sagüés:

la celeridad en el amparo constituye por sí un principio atendible, pero no es un postulado único, puesto que debe empalmar con otros de no menor envergadura (igualdad, libertad, defensa en juicio). Como en el caso de tantos valores jurídico-políticos, el ejercicio de uno solo de ellos se encuentra condicionado por la operatividad de los restantes que, obviamente, deben ser también considerados. Lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia, como cualquier desarmonía, en el plexo de los valores del derecho y de la política; sólo que en el amparo la paradoja sería mayor: so pretexto de lograr una justicia inmediata, se incurriría en una injusticia inmediata, se incurriría en una injusticia inicial, como sería el olvido del derecho a la defensa en juicio.<sup>248</sup>

Ello se ve reforzado por los términos empleados por el legislador tales como “demanda de amparo” (artículo 6o.), las “partes” (artículo 9o.), al “accionado” (artículo 10) que manifiestan una duplicidad de intereses y opiniones, demostrando el carácter bilateral del amparo.

g) *Materias susceptibles de aprobación*

El artículo 15 de la ley 16.986 establece que sólo serán apelables “la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3o., y las

248 Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 270.

que dispongan las medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado”.

A continuación la misma Ley consigna que “el recurso deberá interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada y ser fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se llevar el expediente al respectivo tribunal de alzada dentro de las 24 horas de ser concedido”.

En caso de que fuera denegado, entender dicho tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

Es importante consignar que los plazos, de acuerdo con la disposición que acabamos de mencionar, generalmente, se cuentan en horas y no en días.

#### *h) Las costas en el juicio de amparo*

La Ley de Amparo, en su artículo 14, determina “las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas no antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8o., cesará el acto u omisión en que se fundó el amparo”. Así, en la materia, rige el principio objetivo de la derrota, que se expresa en los variantes: “1=el vencimiento en la pretensión constitucional, que demuestra la instauración de un vencido que habrá de ser condenado en costas, y 2) la cuestión abstracta que toma cuerpo con el cumplimiento del acto al tiempo de tener que ofrecer el informe circunstanciado, originado con ello la no distribución de gastos causídicos”.<sup>249</sup>

En todo caso hay una cierta flexibilidad en esta materia, ya que la objetivación del problema requiere de un análisis particular de los casos planteados, pudiendo encontrar soluciones alternativas, fundadas racionalmente, mediante el estudio de los comportamientos en el proceso.

#### *E. El recurso de protección en Chile*

Los antecedentes del recurso de protección los encontramos en el acta constitucional número 3 (D. L., 1552 del 13 de septiembre de 1976) sobre derechos y deberes constitucionales.

249 Gozaíni, Osvaldo, *op. cit.*, p. 133.

### a. Origen y fundamentos del recurso de protección

La crisis política y jurídica desarrollada en 1972 y 1973, mostraron la ineficacia práctica de los mecanismos institucionales que garantizaban los derechos de las personas en variados aspectos, lo que se debía a:

- 1) Lentitud y vulnerabilidad dilatoria de los procedimientos existentes, en general.
- 2) Una falta de correspondencia entre los mecanismos políticos-institucionales de la defensa de los derechos y las exigencias de una protección directa e inmediata acorde con la urgencia de la respuesta institucional, que corrigiese o reestableciera el derecho. Los procedimientos existentes consistían en el juicio político, la fiscalización parlamentaria (artículos 39, núms. 1 y 2, y 42, núm. 1), o el desafuero tendiente a permitir el uso de los procedimientos ordinarios civiles o criminales (artículo 42, núms. 2 y 3). El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 86 de la Constitución) en caso de juicio pendiente o preventivamente, ante instancias a las cuales no tenía acceso directo: Tribunal Constitucional (artículo 78) y Contraloría General de la República (artículo 21).
- 3) Los recursos de protección constitucional, realmente efectivos, se encontraban restringidos en su ámbito de aplicación a la salvaguarda de la libertad personal (recurso de amparo, artículo 16 de la Constitución).
- 4) La acción contencioso-administrativa frente a los excesos y arbitrariedades de la autoridad pública, estaba comprometida su aplicación en razón de una interpretación jurisdiccional que circunscribía su ejercicio a los tribunales administrativos, los cuales no existían más que como norma programática de la Constitución, sin desarrollo legislativo.

El recurso de protección nace así como un mecanismo de salvaguarda de los derechos constitucionales dotado de un procedimiento ágil y eficaz, que pudiese iniciarse personalmente por el afectado o por cualquiera a su nombre, en contra de quien quiera que hubiere podido afectarlo in-

debidamente, sin perjuicio de la utilización eventual de los procedimientos de lato conocimiento.

Acciones similares existían en el ámbito del continente americano a nivel constitucional, examinándose los casos de México, Brasil, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú y Venezuela (acta de la CENC, núm. 214).

#### *b. Naturaleza jurídica del recurso de protección*

¿Se trata de un recurso o de una acción?

Procesalmente, el recurso de protección es una acción, al ser una “facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia”.

En cambio, el recurso es “el medio que reconoce la ley a las partes del proceso para impugnar las resoluciones judiciales”.

Además, el denominado “recurso de protección” no circunscribe el ámbito de su aplicación a las resoluciones judiciales, sino que cubre toda la gama de decisiones públicas, con ciertas excepciones importantes.

Por tanto, pareciera más adecuado conceptualizarla como una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales específicamente conservadoras de los tribunales de justicia que buscan salvaguardar los derechos de las personas de un modo directo e inmediato. Por otra parte, en una interpretación sistemática de los artículos 20 y 50. de la Constitución en armonía con el artículo 25 de la Convención Americana de derechos humanos, nos lleva a sostener que el “recurso de protección” es también un derecho esencial de la persona humana, el derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales a través de los cuales sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías expresamente señalados en el artículo 20 de la carta fundamental, a través de un procedimiento constitucional especial, breve y sumario, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual puede actuar inquisitorialmente, encontrándose habilitada para tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado.

Aunque en el lenguaje constitucional chileno, se utiliza el vocablo recurso para designar inmediatamente “los medios de protección que el

Constituyente establece y en especial, el requerimiento que se formula ante los tribunales en demanda de esa protección”, costumbre que debe ser definitivamente eliminada por no corresponder a la naturaleza jurídica de la institución.

c. Características del recurso (acción) de protección

a) *Presupuestos procesales (elementos constitutivos esenciales del proceso y a los elementos esenciales de su validez)*

En el caso del llamado “Recurso de Protección” no da origen técnicamente a un juicio, ya que no hay partes ni contienda (acción y excepción).

La persona afectada en su derecho, por una acción u omisión arbitraria o ilegal, formula ante el tribunal una pretensión de amparo o protección de su derecho, y el Tribunal, en razón de la urgencia existente para la salvaguarda del derecho y de la gravedad de la ofensa, procede de oficio a indagar, a efectuar las averiguaciones, y decretar las diligencias necesarias para proveerse de los antecedentes o elementos del juicio, sobre la base de los cuales declarar si existe o no la acción u omisión arbitraria o ilegal que afecta al ocurrente en el ejercicio de su derecho, generalmente se pide informe a la persona natural o jurídica, privada o pública, que es responsable de la omisión o acción ilegal o arbitraria, la cual si no llega dentro de los términos determinados por la Corte respectiva, podrá prescindir de éste.

Se trata de una acción informal, ya que la acción puede ser redactada en papel simple, por telégrafo o incluso por un acta levantada en la secretaría de la Corte de Apelaciones respectiva, siendo el objetivo restablecer el imperio del derecho y dar al agraviado la protección debida.

La relación procesal se inicia con el ejercicio de la acción, se materializa con la presentación de la demanda de protección, nace con el requerimiento formulado por el Tribunal al ofensor, y se integra con el conjunto de los antecedentes recabados por el órgano jurisdiccional y que lo ponen en situación de emitir su fallo o sentencia final.

b) *Capacidad para ejercer la acción de protección*

Cualquier persona natural o jurídica, o incluso ente colectivo sin personalidad jurídica (CENC, acta núm. 215), en procedimiento breve y sumario.

La acción, de acuerdo con el auto acordado de la Corte Suprema, debe ser interpuesta dentro del plazo de quince días corridos. El tribunal analiza los requisitos de admisibilidad, los cuales si se cumplen, se inicia la tramitación. En una segunda fase, el tribunal recaba antecedentes y solicita informes, los cuales la Corte puede decidir prescindir de ellos si éstos no llegan oportunamente, pudiendo adoptar medidas para mejor resolver, antes de emitir la sentencia. La última etapa se inicia cuando el tribunal deja la causa en acuerdo, desde el cual debe emitir el fallo dentro del plazo de cinco días hábiles, tanto en primera como en segunda instancia. Tal plazo se reduce a dos días hábiles para dictar el fallo de primera instancia o de apelación, respectivamente, desde que la causa se encontrare en acuerdo, cuando los derechos afectados son el derecho a la vida e integridad física o psíquica de la persona, en el caso del derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, en el caso del derecho de libertad de opinión e información.

El auto acordado sobre tramitación del recurso de protección modificado en 1998, en el artículo 2o. señala que: “el recurso podrá interponerse por el afectado o por cualquier otra persona en su nombre, capaz de comparecer en juicio”.

Por tanto, ello indica que el que actúa a nombre del ofendido debe ser capaz de comparecer en juicio.

Así se modificaron las normas generales de capacidad para comparecer ante los tribunales, ya que el afectado al no estar aquejado por alguna incapacidad, no necesita comparecer por medio de su representante legal o curador, lo puede hacer directamente.

Asimismo, puede desprenderse que si comparece el ofendido mismo que comparece por sí, no es necesario que ser capaz de comparecer en juicio.

La redacción esta tomada del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal que se refiere al recurso de amparo, teniendo la misma imperfección.

### *c) Requisitos o condiciones de ejercicio de la acción*

Estos requisitos consisten en la formulación de una pretensión jurídica y en hacer valer esa pretensión de acuerdo con las formalidades procesales establecidas en la ley.

- A) *Comparecencia*. Puede comparecer el ofendido personalmente o mediante representante legal, o por cualquiera a su nombre, sin que sea necesario hacerlo a través de mandatario judicial (CENC, sesión 215, p. 25).
- B) *Plazo: un total de 15 días corridos*. El auto acordado establece el momento a partir del cual debe comenzar a contarse.
- a) Desde que se produce el acto o se incurre en la omisión arbitraria o ilegal (criterio objetivo).
  - b) Desde el momento que el afectado toma conocimiento del acto u omisión arbitraria e ilegal (criterio objetivo).

d) *Tribunal competente*

La CENC determinó que el Tribunal debía quedar establecido en el texto de la Constitución, para evitar que si se dejaba a la ley su determinación, podría comprometerse la eficacia del recurso (sesión, núm. 214).

En relación a la jerarquía del tribunal, todos los miembros estuvieron de acuerdo en radicarlo en las Cortes de Apelaciones respectivas, a excepción de Alejandro Silva B., quien fue partidario de entregarle las competencias a los jueces letrados de la jurisdicción respectiva. La comparecencia puede hacerla el afectado personalmente, por cualquiera a su nombre, por escrito o incluso, telegráficamente (sesión 215, pp. 13 y 25).

e) *Plazo de interposición del recurso*

Auto Acordado, artículo 1o.

“El recurso se interpondrá dentro del plazo fatal de 15 días corridos ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasione privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales”.

¿Qué pasa en el caso en que el acto ofensivo se dicta bajo la jurisdicción de una Corte, pero se ejecuta o se cumple bajo la de otra?

El Auto Acordado no regula tal situación. Al no hacerse distinción y considerando la naturaleza de la institución consideramos que son competentes las cortes en cuyos respectivos territorios jurisdiccionales se

haya gestado, desarrollado o ejecutado el acto, según sea la necesidad y conveniencia del afectado.

f) *Requisitos de la solicitud de protección*

*Materialidad de la presentación*

Puede hacerse por escrito o telegráficamente, en la forma que resulte más rápida (CEN acta núm. 215), por tanto, no requiere de mayores solemnidades, en papel simple, o por telégrafo.

*Individualización del ofendido*

El ocurrente debe individualizarse (persona natural, o ente colectivo con o sin personalidad jurídica).

La individualización del ofensor no es requisito de validez de la presentación (puede que no se señale con precisión).

*Exposición de los hechos*

El ofendido debe explicitar los hechos que configuran la acción u omisión arbitraria o ilegal, que produce amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de su derecho constitucionalmente protegido.

A su vez, aun cuando no es necesario precisar al ofensor deben existir elementos de juicio que guíen u orienten la acción del Tribunal para individualizar al ofensor y antecedentes que encaucen la investigación de la Corte.

g) *Formulación de la pretensión jurídica*

Pueden perseguirse los objetivos de:

- a) Reconocimiento del derecho en cuyo legítimo ejercicio el afectado se ha visto privado, perturbado o amenazado, lo que da a la acción de protección, el carácter de acción declarativa.
- b) Condenación del ofensor de efectuar las prestaciones o adoptar las medidas que eventualmente sean necesarias para restablecer el imperio del derecho infringido (acción condenatoria).
- c) Cuando se solicite se subsane una omisión arbitraria o ilegal, la acción de protección puede presentar el carácter de constitutiva, en cuanto es capaz de generar una situación jurídica nueva, cuando se establece la obligación de la autoridad administrativa a dic-

tar un acto administrativo que da origen en favor del ocurrente a un estatus jurídico especial que no existía precedentemente (ejemplo indulto particular, cuando el presidente debe decretar cuando se han cumplido los presupuestos necesarios).

El tribunal debe otorgar la debida protección al ofendido (establecer el imperio del derecho).

#### h) *Requisitos de admisibilidad de la acción*

- A) *Derecho a la acción.* Cuando el ordenamiento jurídico protege al afectado efectivamente en contra del hecho que redunde en perjuicio de su derecho, abriéndole el camino a la protección jurisdiccional. No ocurre ello con las obligaciones meramente naturales.
- B) *La calidad de la acción.* Cuando el ofendido es efectivamente el titular del derecho afectado y procede en contra de quien pesa la obligación de satisfacer la pretensión del actor.
- C) *Interés actual y jurídico de la acción.* El ocurrente cumple con esta condición, cuando la protección jurisdiccional que pretende es el único medio adecuado para la salvaguarda de su derecho.

Tratándose del ejercicio de la acción de protección los requisitos de admisibilidad se manifiestan en las siguientes condiciones que deben cumplirse:

1. Constatación aparente de hallarse, quien recurre dentro del plazo de 15 días.
  - A) Que haya producido y se acredite una acción u omisión arbitraria o ilegal.
  - B) El acto u omisión arbitraria o ilegal puede provenir de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado.

Quedan excluidas la ley y las resoluciones judiciales, ya que en el caso de la ley, existe especialmente consagrado por la Constitución, el recurso de inaplicabilidad; y en el caso de las resoluciones judiciales, existen, los recursos procesales correspondientes, salvo el caso de que no haya recurso disponible para superar la infracción del derecho o este recurso no per-

mita resolver a tiempo el restablecimiento del derecho. En el caso de las normas emanadas del Congreso Nacional, como ya hemos señalado, la jurisprudencia ha sido uniforme que frente a la ley no cabe la acción de protección, aunque quedan comprendidas las resoluciones de las Cámaras al margen de la actividad legislativa.

i) *¿Se puede aplicar el recurso respecto de los tratados y de los DFL?*

Los decretos con fuerza de ley, por su equivalencia con la ley, nos parecen, excluidos del recurso de protección. En el caso de los tratados internacionales, no corresponde la acción de protección, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que estos últimos una vez válidamente incorporados al derecho interno, no pueden ser objetados por el propio Estado, al margen del procedimiento de modificación, revisión o denuncia de los tratados internacionales, los cuales están regulados por el derecho internacional, salvo que se afecte en contenido de un derecho fundamental que se encuentre mejor protegido en el derecho interno que en el derecho internacional de los derechos humanos.

2. Que la acción u omisión arbitraria o ilegal redunde, en relación de causa o efecto, en una privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio del derecho constitucionalmente protegido.

El derecho puede ser afectado en el grado de privación del ejercicio del derecho que consiste en la imposibilidad material total de ejercerlo, en el grado de perturbación que consiste en el ejercicio anormal del derecho por causa de acciones u omisiones arbitrarias ilegales que impiden parcial y materialmente el goce o ejercicio del derecho, o en el grado de amenaza, el que está constituido por acciones u omisiones que impiden el goce pacífico del derecho ante la inminencia de la perturbación o privación.

3. El afectado debe estar en el legítimo ejercicio del derecho constitucionalmente protegido, sea el actor el titular del derecho.

4. Debe tratarse de un derecho constitucionalmente amparado con la acción de protección.

Alejandro Silva Bascuñán en la CENC señala que debían protegerse todos los derechos, ya que cualquier discriminación podría ser arbitraria.

El resto de la comisión, se uniformó en el sentido de proteger sólo los derechos sociales cuyo ejercicio exige, de parte del Estado, el encauzamiento forzado de la solidaridad nacional, debe hacer con cargo al erario nacional en beneficio de los titulares de tales derechos, lo que queda sujeto a las potencialidades económico-sociales del Estado.

Sólo se protegen derechos sociales que no dicen relación con la actividad económica-financiera del Estado, por ejemplo, los derechos a sindicarse o el derecho a escoger el sistema de salud (privado o público).

El único caso que rompe esta regla dice relación con el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, pero en este caso se exige que la acción debe ser arbitraria e ilegal.

Éste es el único caso en que se establece una relación copulativa y no disyuntiva, ello implica que la acción u omisión debe ser contraria a la ley y de manifiesta mala fe.

A su vez, en este caso, no se establece el recurso, en caso de omisión, sino sólo en el de acción.

Los derechos protegidos, por el recurso de protección son los siguientes:

Artículo 19, núm. 1: Derecho a la vida y a la integridad física de la persona. Protección de la vida del que está por nacer. Prohibición de apremios ilegítimos.

Artículo 19, núm. 2: La igualdad ante la ley.

Artículo 19, núm. 3, inciso 4: Nadie puede ser juzgado por Comisiones especiales, sino por el tribunal que señala la ley y que se haya establecido con anterioridad por ésta.

Artículo 19, núm. 4: Respeto y protección de la vida pública y privada y la honra de la persona y su familia.

Artículo 19, núm. 5: La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Artículo 19, núm. 6: Libertad de conciencia, manifestación de creencias y ejercicio libre del culto.

Artículo 19, núm. 8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, cuando sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Artículo 19, núm. 9, inciso final: Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.

Artículo 19, núm. 11: Libertad de enseñanza.

Artículo 19, núm. 12: Libertad de opinión y la de informar sin censura previa.

Artículo 19, núm. 13: El derecho a reunión pacífica sin permiso previo y sin armas.

Artículo 19, núm. 15: El derecho de asociarse sin permiso previo.

Artículo 19, núm. 16, relacionado con el artículo 20: La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación.

Artículo 19, núm. 16, inciso 4o.: Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida a menos que se oponga a la moral, la seguridad, la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Artículo 19, núm. 19: Derecho a sindicarse en los casos y formas que seala la ley. Derecho a personalidad jurídica. La autonomía de las organizaciones sindicales.

Artículo 19, núm. 21: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

Artículo 19, núm. 22: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes excepto los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la nación toda.

Artículo 19, núm. 25: El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley. Propiedad individual sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas.

#### j) *Plazo para dictar una sentencia*

El plazo para dictar sentencia, de acuerdo con el nuevo auto acordado, es dentro de quinto día hábil, salvo en algunas materias específicas en que éste se reduce a dos días hábiles, ellas son el derecho a la vida y la integridad física o psíquica (artículo 19, núm. 1), el derecho a ser juzgado por el Tribunal que señale la ley (artículo 19, núm. 3, inciso 4), el derecho a la libertad de opinión e información sin censura previa (artículo 19, núm. 12), y el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso y sin armas (artículo 19, núm. 13).

#### k) *Notificación de la sentencia*

Al ocurrente personalmente o por estado diario. Al ofensor que se ha hecho parte de igual manera que al recurrente, el que no se ha hecho

parte, ejecutoriada la sentencia, debe ponerse en concimiento para que se cumpla.

### 1) *Causa juzgada formal*

Se trata de una acción de urgencia con procedimiento breve, con el objeto de “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Es competente para conocer de tal acción constitucional la Corte de Apelaciones respectiva, la que detenta una competencia amplia ya que puede conocer de la acción por actos u omisiones arbitrarias o ilegales de autoridades y de funcionarios que dependen de estas últimas o de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de particulares.

La sentencia que dicta la Corte es definitiva y produce cosa juzgada formal, en cuanto debe cumplirse lo resuelto por el tribunal. Sin embargo, el artículo 20 establece que la acción es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el interesado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Ello implica que el fallo de la acción de protección resuelve la lite en forma provisional, mientras no exista otro fallo posterior que disponga otra cosa en un juicio de lato conocimiento.<sup>250</sup>

El Auto Acordado que regula la acción de protección fijó un plazo de 15 días corridos para interponerla, plazo que se cuenta desde que el interesado estuvo en aptitud de ejercitar la acción, plazo de dudosa constitucionalidad, ya que afecta el derecho a la acción en su esencia, como en su libre ejercicio, a través de una norma adjetiva, vulnerando el principio de reserva legal en la regulación de derechos.

250 Sobre el recurso de protección: Paillás, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Chile, Editorial Jurídica, 1990; Soto Klos, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina, jurisprudencia*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1982; Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio *et al.*, *Derecho constitucional*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, t. I, pp. 331-341; Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Perú, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 145-209; Nogueira A. Humberto (coord.), *Acciones constitucionales de amparo y protección*, Chile, Editorial Universidad de Talca, 2000.

La sentencia puede ser apelada ante la Corte Suprema de Justicia debiendo ser interpuesta la apelación en el momento de la notificación del fallo o dentro de los cinco días hábiles siguientes.

El recurso o acción de protección chileno (amparo, en el derecho comparado), se diferencia de aquellos regulados en otras Constituciones latinoamericanas, por ser un recurso o acción restringido sólo a ciertos derechos fundamentales, que son los establecidos en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución.

Esta restricción de la acción de protección está en abierta contradicción con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos antes citada, que obliga a los estados partes a garantizar un recurso sencillo, rápido y efectivo que proteja todos los derechos fundamentales o derechos humanos, tanto los establecidos en el Pacto como en la Constitución y las leyes internas.

En congruencia con esta obligación imperativa para los estados partes del Pacto de San José de Costa Rica, las Cartas Fundamentales de Costa Rica, Argentina, Uruguay, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Brasil, Perú y Venezuela, establecen un amparo amplio y eficaz de todos los derechos constitucionales en forma rápida y sencilla.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como en los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

#### IV. LA ACCIÓN DE AMPARO (*HABEAS CORPUS*)

##### 1. *Antecedentes históricos*

Un primer antecedente histórico lo encontramos en el interdicto romano “*homine libero exhibendo*” contenido en el Digesto, título XXIX, libro XLIII. Tales interdictos constituían una interpelación a las autoridades públicas a fin de tutelar ciertos derechos. En este caso concreto se trata de un interdicto exhibitorio, ya que además existían los interdictos restitutorios y prohibitorios.

El interdicto “*homine libero exhibendo*” ordenaba mostrar a la persona y restituirle, en su caso, su libertad, cuando dicha persona había sido arbitrariamente detenida. Este interdicto era de gran amplitud en el ejercicio de la acción, pudiendo ser ejercido por cualquier persona. Por otra parte, es necesario señalar que dicho interdicto sólo protegía a los hombres libres. La orden de mostrar la persona debía ser cumplida inmediatamente y su desacato, además de la responsabilidad penal, implicaba fuertes sanciones pecuniarias.

Otro antecedente más cercano en una perspectiva diacrónica, en el derecho español, está constituido por ciertas instituciones protectoras de la libertad personal en el reino de Aragón. Tales procedimientos forales de Aragón se caracterizaron por su sumariedad y rapidez, entre los cuales se encontraba el “juicio de manifestación”, el cual estaba a cargo del Justicia Mayor designado por el rey, el cual era inviolable e inamovible del cargo. Dicha autoridad sólo estaba afecto al juicio de responsabilidad, con el objeto de controlar y evitar sus eventuales abusos. Una de las especies de este juicio era sobre personas, el cual se subdividía en tres acciones: manifestación de personas privadas, la manifestación de jueces y la manifestación por vía privilegiada. Todas las cuales, como señala Néstor Sagüés,<sup>251</sup> tienen las siguientes características:

- a) Protegía tanto la libertad como la integridad física.
- b) Se admitía contra personas privadas o autoridad pública (judicial, incluida).
- c) Podía articularse por el propio interesado, o por un tercero.
- d) El trámite era urgente, más todavía en la vía privilegiada.
- e) La meta era exhibir y proteger al detenido, y disponer —en algunos supuestos— su libertad.

Los antecedentes del *habeas corpus* se encuentran en la Petition of Rights (Petición de Derechos de 1628), el *habeas corpus act* y el Bill of Rights (ley de derechos).

En un manifiesto del 2 de junio de 1628, la Petición de Derechos, declaró que el encarcelamiento por mandato del rey, sin causa justificada en la ley, era contraria al principio de libertad personal, promulgada y garantizada por la carta magna. Así se consignó en el punto cuarto: “..en el vigésimo octavo año del reinado del rey Eduardo Tercero, fue decla-

251 Sagüés, Néstor, *Habeas corpus*, Buenos Aires, 1988, pp. 5 y 6.

rado y promulgado por la autoridad del Parlamento, que ningún hombre de cualquier estado o condición ser expulsado de su vivienda o de sus tierras, ni arrestado, ni encarcelado, ni desheredado, ni condenado a muerte sin haber tenido la oportunidad de declarar conforme al proceso legal debido”.

En el derecho Anglosajón, el “writ de *habeas corpus*” constituía una orden reparadora e imperativa de comparecencia del detenido, el cual tuvo diversas manifestaciones, siendo la que nos interesa el *habeas corpus ad subiciendum*, el cual obligaba al encargado o custodio del lugar de detención exhibir a la persona privada de libertad ante los tribunales y dar las razones que explicaban la privación de libertad. Tal institución tuvo una desigual aplicación, lo que obligó a dictar el Acta de *habeas corpus (habeas corpus act)* del 29 de mayo de 1679, sancionada por Carlos II de Inglaterra, con el objeto de garantizar la efectividad de la libertad personal y constituirse en un medio eficaz en caso de infracción para obtener rápidamente el amparo de los magistrados. Este procedimiento podía utilizarse respecto de las órdenes de detención emanadas de la Corona, pudiendo plantearse ante cualquier juez real; la ley establecía fuertes sanciones a la autoridad que no presentare al detenido cuando fuere requerido, no se pusiera copia de la orden de detención en manos del juez o no ejecutaren la orden del tribunal de dejar en libertad a la persona privada de ella, entre otras situaciones. Las sanciones eran fuertes multas pecuniarias de 100 libras, las que se quintuplicaban (500 libras) en caso de reincidencia, lo que llevó a una práctica de mayor cumplimiento por parte de las autoridades de dicha normativa.

Esta institucionalidad protectora de la libertad personal fue completada por el Bill of Rights del 16 de diciembre de 1689, cuyo artículo 11 prohibió la fijación de fianzas excesivas para decretar la libertad caucional de los detenidos, que había sido la práctica durante el reinado de Jacobo II, lo que había restado eficacia al *habeas corpus*.

Así, el procedimiento del *habeas corpus* consiste esencialmente en presentar al detenido o procesado ante el juez con el objeto de verificar la legalidad de la medida. Este instrumento de naturaleza procesal permite a los jueces solicitar la presencia de un detenido, determinar la legalidad de forma y de fondo de ella, reparar los defectos o dejarlo en libertad.

## 2. *El recurso (acción) de amparo o habeas corpus en Chile*

Antecedentes. Sin perjuicio de los ensayos constitucionales y primeras Constituciones de corta vigencia, los cuales establecieron algunas normas y garantías protectoras de la libertad,<sup>252</sup> es la Constitución de 1833, la que establece formalmente el *habeas corpus* en el ordenamiento jurídico nacional, a través del artículo 143, el cual instituía:

“Todo individuo que se hallare preso o detenido ilegalmente, por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la magistratura que señale la lei reclamando que se guarden las formas legales”. Esta magistratura decretar que el reo sea traído a su presencia i su decreto ser precisamente obedecido por los encargados de cárceles o lugares de detención.

“Instruida de los antecedentes, har que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve iésumariamente corrigiendo por sí o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos...”.

La Ley aludida en el precepto constitucional fue dictada sólo en 1875, estableciendo como magistratura competente a la Corte Suprema, normativa legal que fue perfeccionada por modificaciones legales en los años 1884 y 1891.

Más tarde, la Constitución de 1925, en su capítulo III, dedicado a las “Garantías constitucionales”, señaló en su artículo 16:

Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto ser precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretar su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondá el individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

252 Véase Tavolari Oliverios, Raúl, *Habeas corpus. Recurso de amparo*, Chile, Editorial Jurídica, 1995, pp. 47-52.

Esta disposición constitucional fue complementada con un auto acordado dictado por la Corte Suprema en 1932, destinada a reglamentar la tramitación del *habeas corpus*, para corregir defectos o abusos prácticos que llevaban a una dilatación de meses en su tramitación, el retardo de las respuestas a los informes solicitados a los jueces y otras argucias destinadas a evitar que el detenido o preso fuera traído a la presencia del tribunal.

La Constitución de 1980, reformada en 1989, respecto de la materia en análisis, establece en su artículo 21:

Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que seale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esta magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto ser precisamente obedecido por todos los encargados de cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretar su libertad inmediata y hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Las novedades de mayor relevancia respecto de la Constitución de 1925, que aparecen en la carta fundamental actual, están dadas por el hecho de que no sólo se protege el derecho a la libertad personal, sino que, además, se garantiza la seguridad individual; un segundo aspecto de interés es la consagración en términos expresos del amparo o *habeas corpus* preventivo; un tercer ámbito significativo de innovación es que la libertad ambulatoria se protege no sólo respecto de actos de autoridad, sino también de actos de particulares. Se mantiene constante el hecho de que sea la Corte de Apelaciones respectiva, por regla general, el tribunal que conoce y resuelve el *habeas corpus*, la cual puede actuar respecto de toda “privación, perturbación o amenaza” en el derecho a la libertad personal y

la seguridad individual, asegurados en el artículo 19, núm. 7 de la carta fundamental.

La acción de amparo puede ser ejercida en beneficio de todo individuo que está en situación de ser arrestado, detenido o preso, vale decir, a toda persona que se encuentra en alguna de estas tres situaciones, pero no sólo en ellas, en efecto, puede hacerse efectiva también la acción de amparo con carácter preventivo, ante amenazas a la libertad personal o seguridad individual, aun cuando todavía no se haya consumado el intento de perturbación o privación de ellas.

Lo que posibilita la acción de amparo puede ser la infracción de lo dispuesto en la Constitución o en normas legales, no solamente en la Constitución como señalaba la carta fundamental anterior de 1925.

A su vez, el inciso 3o. del artículo 21, señala la posibilidad de ser deducida la acción de amparo en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, debiendo el tribunal respectivo adoptar todas las medidas conducentes al restablecimiento del imperio del derecho y a la debida protección del afectado.

Tales normas son complementadas con las regulaciones del artículo 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

De la sentencia de la Corte de Apelaciones, puede conocer la Corte Suprema por apelación.

En el contexto latinoamericano hay Constituciones que restringen el *habeas corpus* estrictamente a la libertad personal, como son las cartas fundamentales de Colombia, artículo 30; Guatemala, artículo 263; Brasil, artículo 5o. inciso LXVIII, o Constituciones europeas recientes como la española en su artículo 17.4.

### 3. *La naturaleza jurídica, tipos y características del recurso (acción) de habeas corpus (amparo en Chile)*

De acuerdo con la normativa constitucional del artículo 21, del artículo 5o., inciso 2 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, artículo 25, interpretados en forma sistemática, armónica y finalista, nos lleva a sostener que el recurso de protección o *habeas corpus* en nuestro ordenamiento es, simultáneamente un derecho esencial que tienen las personas para hacer efectiva la tutela judicial efectiva contra toda privación, perturbación o amenaza ilegítima

de su libertad personal y su seguridad individual, como asimismo un procedimiento especial de carácter constitucional, breve y sumario, mediante el cual las autoridades judiciales respectivas garantizan la libertad personal y la seguridad individual.

De acuerdo a la nomenclatura internacional pueden distinguirse cuatro tipos de *habeas corpus*: el *habeas corpus* reparador; el *habeas corpus* preventivo; el *habeas corpus* correctivo y el *habeas corpus* restringido.<sup>253</sup>

El *habeas corpus* reparador, constituye la modalidad clásica, cuando se producen detenciones ilegales o procesamientos arbitrarios, sin los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes.

El *habeas corpus* preventivo tiene por objeto proteger a las personas respecto de amenazas a su libertad personal, seguridad individual o algún procedimiento inconstitucional, ilegal o arbitrario tendiente a amenazar o restringir tales derechos, a fin de evitar que se materialice tal amenaza, perturbación o privación de la libertad personal o la seguridad individual.

El *habeas corpus* correctivo tiene por finalidad cambiar el lugar de detención o arresto, cuando no sea adecuado a la índole o causa de la detención o arresto, para poner fin al tratamiento irregular, ilegal o arbitrario del detenido, arrestado o procesado; o incluso, cuando los antes señalados fueren objeto de un tratamiento cruel, degradante o inhumano. Así, este tipo de *habeas corpus* corrige las irregularidades que puedan ocurrir durante la detención, arresto o procesamiento.

El *habeas corpus* restringido se utiliza para que se ordene a ciertas autoridades o personas particulares, abstenerse de realizar una vigilancia abusiva, impedirle a la persona a ciertos lugares públicos o privados de uso público, realizar interpelaciones intimidatorias o acosarlo con preguntas molestas o llamados telefónicos para producir amenazas y temores en el recurrente. Este tipo de *habeas corpus* tiene un gran desarrollo en el mundo anglosajón.

El procedimiento de *habeas corpus*, aun cuando tiene la denominación de “recurso” en el texto de la Constitución no lo es, ya que no tiene como fin la impugnación de resoluciones judiciales, el cual sólo se concibe den-

253 Véase Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, p. 39 y Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pp. 238 y 239.

tro de un proceso en marcha, además de tratar sobre una materia que no ha sido objeto de una resolución judicial.

Este proceso de contenido constitucional, instaura una acción procesal destinada a proteger los valores y derechos constitucionales que seala el artículo 21 de la Constitución, ya que constituye, como señaló una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, “el poder jurídico del individuo de requerir de la jurisdicción, la prestación de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle afectivamente el goce de su estado de derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre (sentencia, del 2 de julio de 1981, confirmada por la Corte Suprema, el 10 de agosto de 1981; Revista Fallos del mes, núm. 273, p. 335).<sup>254</sup>

En el contexto latinoamericano existe un amplio consenso para caracterizar el *habeas corpus* como una acción garantizadora de la libertad personal en el contexto de los procesos constitucionales<sup>255</sup> constituye “un verdadero proceso constitucional, con características especiales”, agregando: “Por medio de él, se analizan pretensiones que tienen reconocimiento constitucional, ante tribunales específicos con competencias precisas, y con el cumplimiento de formalidades especiales, se concluye en una resolución de cumplimiento obligatorio”.<sup>256</sup>

Todo lo que no debe confundirse por el hecho de que su regulación sea de carácter procesal penal (artículos 307 y ss., del Código de Procedimiento Penal).

### *Características procesales básicas de la acción de habeas corpus o amparo*

- 1) *Sumariedad*. Esta característica implica que la acción debe resolverse lo más rápidamente posible. Por ello, todos los plazos

<sup>254</sup> Cit. por Tavorari Oliveros, Raúl, *op. cit.*, p. 96, nota 150.

<sup>255</sup> Eguiguren Praeli, Francisco, “La libertad individual y su protección judicial mediante la acción de *habeas corpus*”, *La Jurisdicción Constitucional*, Perú, Universidad Católica del Perú, pp. 275 y ss.; García Belaunde, Domingo, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Perú, Editorial y Distribuidora de Libros, t. I, p. 283; Tavorari Oliveros, Raúl, *op. cit.*, p. 1000; Verdugo, Pfeffer y Nogueira, *Derecho...*, *op. cit.*; Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 6a. ed., Brasil, 1990, p. 384 y Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos...*, *op. cit.*

<sup>256</sup> García Laguardia, Jorge Mario, *Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala. El habeas corpus*, Guatemala, Editorial Cuadernos de Derechos Humanos, Procurador de los derechos humanos, 1991, p. 14.

- y las resoluciones que se dicten deben tener plazos breves y generalmente, improrrogables.
- 2) *Celeridad*. Las resoluciones del tribunal competente deben ser inmediatamente acatadas y ampliadas, por los financieros públicos, por ejemplo, la sentencia que establezca la inmediata puesta en libertad del detenido o arrestado, o la presentación del detenido o arrestado ante el tribunal, etcétera.
  - 3) *Inquisitivo*. Ya que el tribunal puede decretar de oficio todas las diligencias que le parezcan conducentes a su finalidad.
  - 4) *Informalidad*. La acción no requiere de grandes solemnidades, basta ser presentada por escrito en papel simple, incluso por telégrafo u otro medio tecnológico más moderno, como puede ser el fax, aunque debe llenar un mínimo de requisitos (identificación del afectado, la situación y el presunto responsable).
  - 5) *Amplísima posibilidad de establecer la acción*. La acción puede ser ejercida por el titular o cualquier otra persona, pero no es una acción popular, ya que, como señala Tavolari<sup>257</sup> la titularidad substancial no es compartida, ya que los terceros no tienen interés personal directo en los resultados que se persiguen con dicha acción. En efecto, el titular que tiene interés personal directo puede desistirse de la acción de amparo o *habeas corpus*, lo que no podría hacerse en una acción popular, donde el tercero que accionó tiene también un interés personal directo protegido por el ordenamiento jurídico. Al efecto, Tavolari cita fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual resolvió que el interesado contra quien se ha dictado orden de prisión o detención puede desistirse del recurso o acción de amparo “aun cuando haya sido un tercero, quien lo haya interpuesto a su nombre”.<sup>258</sup> Un ejemplo de acción popular en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en el artículo 948 del Código Civil, el cual establece que “cualquier persona del pueblo tendr , en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para seguridad de los que transiten por ellos, los derechos concedidos a los dueños heredados o edificios privados, para que se demuela o enmiende una construcción”, lo que se refuerza con el artículo

257 *Op. cit.*, p. 112.

258 *Ibidem*, nota 185.

949 que determina que “las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados”.

- 6) *El fin puede ser preventivo o reparatorio, por regla general.* El fin puede ser reparatorio por buscarse “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, preventivo ya que protege contra cualquier otra “perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal o seguridad individual”.

A diferencia de lo que ocurre en otros países de América Latina, el *habeas corpus* es conocido en primera instancia en Chile por la Corte de Apelaciones y no por los tribunales ordinarios de primera instancia.

Cabe consignar como elemento interesante, en el caso de Guatemala, producto de la experiencia reciente de groseras violaciones a los derechos humanos, que los artículos 109 y 110 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y la Constitucionalidad, establecen un procedimiento especial para personas desaparecidas, en cuyo caso debe ordenarse de inmediato la pesquisa del caso; las autoridades de policía deben informar al tribunal, al procurador de los derechos humanos y a los interesados sobre las investigaciones realizadas en forma constante, hasta tener noticias ciertas del paradero de la persona. A su vez, el tribunal de exhibición personal, remitir informe de las diligencias y de toda novedad que sobrevenga a la Corte Suprema de Justicia. Por último, las diligencias no pueden ser sobreseídas ni se puede desistir de ellas mientras no se localice al detenido, procesado o preso.

A su vez, en materia de desaparición de personas, Chile ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de Belem do Paraná, Brasil, 1994, considerando tal convención que la desaparición forzada de personas constituye una “ofensa odiosa a la dignidad intrínseca de las personas” y “viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter indeneable”, constituyendo “un crimen de lesa humanidad”, considerando como desaparición forzada “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías

procesales pertinentes” (artículo II), lo que muestra un ilícito diferente de la “detención ilegal” con lo cual algunos tribunales homologan la desaparición forzadas de personas, la cual tiene una naturaleza y características muy diferentes. Por otra parte, la misma convención, en su artículo III señala que “los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito ser considerado como continuado y permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

#### V. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE NACIONALIDAD EN CHILE

Esta acción constitucional está regulada en el artículo 12 de la Constitución Política, el cual señala que “la persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”.

La acción procede respecto de los actos o resoluciones de autoridad administrativa que prive de la nacionalidad o la desconozca. Esta acción no puede intentarse contra resoluciones judiciales dictadas en conformidad con el artículo 11, núm. 3 de la carta fundamental, como tampoco, respecto de leyes que revoquen la nacionalidad concedida por gracia de acuerdo con el artículo 11, núm. 5.

#### VI. LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL EN CHILE

La Constitución en el artículo 19, núm. 7, literal i), establece una acción de indemnización por error judicial cuando una persona hubiere sido sometida a proceso o condenada en cualquier instancia y luego fuere dictado sobreseimiento o sentencia absolutoria en la causa y luego la Corte Suprema declarare injustificadamente errónea o arbitraria la primera re-

solución judicial, en cuyo caso el afectado tiene derecho a ser indemnizado por el Estado, por los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.

La indemnización es determinada judicialmente en proceso breve y sumario, y en él la prueba se aprecia en conciencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sealado que la expresiones “injustificadamente errónea o arbitraria”, consiste en una infracción de los deberes esenciales de un tribunal y además debe ser contradictoria con la razón y haberse decretado de manera irregular o caprichosa, careciendo rotundamente de motivación y racionalidad. La Corte Suprema ha sealado que si una resolución judicial, que después resulta errónea, se hubiere fundamentado en antecedentes que llevaron al juez a apreciar como hecho punible o como grado de responsabilidad un comportamiento que con posterioridad se determine que no es tal, el error producido en el auto de reo o en el fallo condenatorio sería razonable, no susceptible de indemnización alguna (fallos de la Corte Suprema del 11 de agosto de 1989, 16 de agosto de 1989, 5 de septiembre de 1989, 8 de junio de 1990).

## VII. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Chile, el Tribunal Constitucional puede conocer sólo de la vulneración de derechos constitucionales a través del requerimiento que puede formular el presidente de la República, el Senado, la Cámara de Diputados o una cuarta parte de los senadores o diputados en ejercicio, respecto de los proyectos de ley en tramitación legislativa antes de su promulgación, de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, respecto de los decretos con fuerza de ley o respecto de decretos del presidente de la República.

Este control de carácter normativo respecto de los tratados y los preceptos legales, se realiza en forma preventiva, mientras que respecto de los decretos con fuerza de ley y decretos supremos se realiza en forma represiva, dentro de plazos cortos señalados en cada caso, los efectos de las sentencias del tribunal constitucional producen efectos de cosa juzgada (artículos 81 y 82 de la Constitución).

|  |     |
|--|-----|
| La delimitación del contenido de los derechos, los límites y la regulación de los derechos . . . . .   | 245 |
| I.    Las limitaciones al ejercicio del derecho y la regulación de los derechos . . . . .              | 249 |
| II.   Los límites a los derechos . . . . .   | 251 |
| III.  Las limitaciones excepcionales a los derechos: los estados de excepción constitucional . . . . . | 256 |

## LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS, LOS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

Es esencial delimitar el contenido del derecho para saber cuándo se está limitando el derecho, y si esta limitación es constitucional.

La delimitación del derecho es la que realiza el constituyente al fijar su contenido y sus fronteras, el constituyente fija el núcleo indisponible del derecho, sin perjuicio de que otras normas puedan complementar el contenido esencial del derecho cuando el constituyente lo autorice.

El ejercicio de los derechos fundamentales se concreta en la convivencia societaria, por lo cual los derechos constituyen un asunto de interés individual y, a la vez, comunitario. Los derechos que ejerce cada individuo tiene como límite el respeto al ejercicio de los derechos de los demás miembros de la sociedad, como asimismo los bienes jurídicos que establece el orden constitucional en la perspectiva del bien común. De esta forma, los elementos definitorios y los límites de los derechos constituyen elementos estructurales básicos del sistema de derechos fundamentales que han de considerarse en su interpretación y aplicación. Ésta es la razón por la cual las Constituciones autorizan al Estado, que tiene por finalidad guiar a la sociedad hacia el bien común, para establecer limitaciones y regulaciones al ejercicio de los derechos, con el objeto de resolver conflictos y preservar ese bien común.

Las limitaciones a los derechos son las que establece la Constitución o que ésta autoriza al legislador para hacerlo, limitando al derecho con efecto constitutivo.

El derecho de reunirse, está dado por el derecho a juntarse para recibir, dar o intercambiar información, opiniones o plantear problemas comunes de cualquier índole por un espacio de tiempo y en un lugar determinado. La disposición sobre el espacio y el tiempo no forman parte del derecho de reunión, y, en consecuencia, regularlos no constituye una limitación al derecho. El derecho de reunión se torna ilícito cuando se vulneran o

perturban otros derechos, como son la libertad de trabajo, la libertad de enseñanza, el derecho a la educación, el derecho de propiedad, u otros bienes constitucionales como son el orden público.

Así, a manera de ejemplo, podemos considerar el derecho de reunión y la libertad de enseñanza.

El derecho de reunión tiene como limitaciones constitucionales el de ejercerlo en forma pacífica y sin armas. El legislador puede regular el ejercicio del derecho sin afectar su núcleo esencial antes señalado, regulando el derecho de reunión en lugares de uso público, estableciendo la reglamentación de la solicitud a la autoridad pública, su antelación y datos que en ella deben proporcionarse.

La Constitución de 1980, a diferencia de lo que establecía la Carta de 1925, luego de su reforma de 1971, no entregó a la ley la regulación del ejercicio de reunión sino a la potestad reglamentaria de las autoridades de gobierno interior. Consideramos urgente volver a la regulación sólo legal del ejercicio del derecho de reunión, ya que regularlo a través de normas administrativas vulnera la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, los que obligan a que tales regulaciones sean hechas por ley, para evitar la posible arbitrariedad y criterios contradictorios de la autoridad administrativa, al respecto el Estado de Chile se encuentra infringiendo obligaciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, el núcleo esencial de la libertad de enseñanza está constituido por el derecho a crear instituciones educativas, la libertad para enseñar, el derecho de los padres a elegir la enseñanza de sus hijos y su formación religiosa o moral (artículo 10, núm. 10). El ejercicio de este derecho tiene como límites la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. A su vez, está sujeta a limitaciones negativas (está proscrito el adoctrinamiento político-partidista) y a regulaciones para el reconocimiento mínimo para cada nivel de enseñanza básica y media, y la dictación de normas objetivas de general aplicación que permiten al Estado velar por el cumplimiento de las regulaciones legales, especialmente la ley orgánica constitucional de enseñanza núm. 18.962 de 1990.

Los derechos operan en su ámbito propio, no puede, por tanto, invocarse un derecho para incumplir deberes u obligaciones de normas jurídicas que regulan otras materias en sus respectivos ámbitos de aplicación. Así, por ejemplo, no puede alegarse el derecho a la libertad de cátedra

por quien enseña ciencia política, habiendo sido contratado como profesor de derecho constitucional, la libertad de cátedra se ejerce dentro del cumplimiento del programa correspondiente a la respectiva cátedra, no existe la libertad para enseñar contenidos distintos al programa de cátedra. La libertad de opinión no puede hacerse valer en caso de incumplimiento de obligaciones establecidas constitucionalmente, como son el respeto a la dignidad de la persona (valor constitucional supremo) y el derecho al honor de las personas (derecho fundamental).

Por tanto, para delimitar el contenido del derecho deben tenerse presente dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste, y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional.<sup>259</sup>

Así, en cada norma, la Constitución concreta el tratamiento jurídico de ese sector de la realidad y especifica el contenido de la protección misma otorgada por el derecho, dicha exégesis debe realizarse en el contexto de una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución, lo que delimita el derecho en sus límites intrínsecos, vale decir, aquellos que dependen de su propia naturaleza.

Todo derecho, en este sentido, es limitado ya que ampara el contenido del derecho garantizado constitucionalmente. Los límites internos son los que permiten determinar el contenido del derecho, son intrínsecos al mismo. El límite interno es una posición de no derecho, admisible sólo cuando es subsumible en algún elemento del precepto que establece el derecho constitucional, por ejemplo, no puede ejercerse el derecho de reunión en forma violenta o con armas. Estas posiciones de no derecho deben derivar directamente de los preceptos constitucionales, formando parte de la norma que asegura el derecho fundamental.

Los límites internos de los derechos son los supuestos de delimitación propiamente constitucional que fija el alcance y contenido del derecho. Así, todo lo que no pueda ser subsumido en el supuesto de hecho del derecho no son límites, sino supuestos de no derecho, como establece Gavara de Cava.<sup>260</sup>

Los límites externos o intervenciones están dados por normas de carácter infraconstitucional que modifican algunos de los elementos confi-

259 Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, p. 142.

260 Gavara de Cava, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 159.

guradores de los derechos (titular, destinatario u objeto), como consecuencia de la utilización por parte del legislador de una norma de competencia permitida por la Constitución.

Los límites pueden ser explícitos o implícitos. Son explícitos cuando la propia Constitución los señala como tales, es condición fundamental que la naturaleza formal del derecho y la de su límite coincidan, de manera tal que sólo bienes o intereses reconocidos y protegidos a nivel constitucional pueden limitar derechos constitucionales. Los límites pueden ser implícitos o inmanentes, cuando ellos derivan de la necesaria protección de otros bienes o derechos constitucionalmente asegurados, de manera tal que todo derecho está limitado por la exigencia de armonizar su goce con todos los demás derechos fundamentales o humanos contenidos en los pactos internacionales ratificados por Chile y vigentes y en los establecidos por la Constitución formal, esta limitación se puede extender también a otros bienes constitucionalmente protegidos,<sup>261</sup> por lo tanto, no cabe establecer como límites de los derechos fundamentales, cualquier otro bien infraconstitucional o cualquier otro derecho contenido en cualquier precepto legal. Estos límites inmanentes se justifican por la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, atendiendo al hecho que la Constitución constituye un todo sistemático y unitario, lo mismo que el sistema de derechos fundamentales o esenciales.

De esta manera, por ejemplo, puede sostenerse que no puede en virtud de la libertad religiosa, crear una secta nudista o poligámica; como asimismo, tampoco podría en base al derecho a la libertad de trabajo, justificarse el ejercicio de la prostitución.

Una ley puede establecer límites externos explícitos de un derecho fundamental, dotándolo de normas de organización y procedimiento para poder ejercerlo. Sin embargo, no todo derecho puede ser objeto de delimitación externa, ello sólo puede serlo por decisión específica del Constituyente. La limitación exterior al derecho se refiere al límite constitutivo del derecho y no al carácter declarativo del límite ya preexistente.<sup>262</sup>

261 Véase Otto, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución", Martín-Retortillo, L. y Otto, I., de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, España, Civitas, 1988, pp. 110 y 111.

262 Otto y Parto, Ignacio de, *op. cit.*, p. 152.

El Constituyente siempre prefigura el derecho y muchas veces lo configura en su contenido esencial, pero en ciertas ocasiones no realiza esta configuración, la cual la deja en manos del legislador, como son por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la admisión a todas las funciones y empleos públicos, el derecho a la seguridad social, el derecho a sindicarse, entre otros.

## I. LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO Y LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

La regulación implica la existencia previa de la configuración del derecho por el Constituyente. El regular el ejercicio de un derecho, se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se refiere a la forma puramente externa de manifestación de derechos, de modo que la actuación de éstos habría de someterse a requisitos que no afectarían a la actividad misma y que se dirigirían a garantizar la publicidad de la conducta amparada por el derecho fundamental (STC, 11/81), o como procedimiento o formalidades a las que se somete el ejercicio de un derecho, los que no pueden ser “tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio de tales derechos”.

Esta concepción ha sido asumida también por el Tribunal Constitucional Chileno, el que ha sostenido que “Regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero, en caso alguno, bajo pretexto de regular un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado... en la Constitución Política de la República” (STC del 6 de abril de 1993).

La regulación presupone un derecho fundamental configurado en la Constitución, la que precisa su extensión. Cuando el legislador está habilitado por la Constitución para regular el ejercicio de los derechos, el Constituyente confiere al legislador una potestad normativa que comprende desde la regulación de simples formalidades y procedimientos hasta la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos, limitaciones que, a su vez, tienen dos límites: las zonas del contenido esencial de los derechos y las zonas en que la Constitución establece limitaciones específicas al legislador.

El concepto o noción de regulación desarrollado por la jurisprudencia no es susceptible de aplicarse a los derechos que establecen un contenido de carácter negativo, donde no se garantiza la ejecución de una conducta sino que se establece la prohibición de ella, como por ejemplo; no torturar (artículo 19, núm. 11), la inviolabilidad del hogar (artículo 19, núm. 5), no declarar como inculpaado bajo juramento sobre hecho propio (artículo 19, núm. 17, literal f), la no aplicación como sanción de la pérdida de derechos previsionales (artículo 19, núm. 17, literal h); ya que estos derechos y garantías no constituyen conductas que pueden sujetarse a formalidades o procedimientos.

Por ello consideramos que la regulación del ejercicio del derecho presupone la existencia y delimitación del derecho, lo que constituye un concepto de carácter abstracto, tal definición se hace mencionando genéricamente una conducta que en la realidad ser siempre susceptible de diversas modalidades al concretarse.

Por ejemplo, el derecho de reunión que consiste en su esencia en la actividad de juntarse en un espacio y por un tiempo determinado, puede modalizarse de maneras diferentes, ya que las reuniones en cuanto al lugar pueden ser privadas o públicas, en recintos abiertos o cerrados, pueden ser estéticas o dinámicas, pueden ser en silencio o transmitiendo información, pueden ser pacíficas o violentas, etcétera. Toda reunión responde a algunas de estas características, en su realidad de reunión concreta.

Es por ello que el Constituyente al asegurar el derecho de reunión en el artículo 19, núm. 13 de la carta fundamental, introduce elementos concretos que permiten diferenciar las reuniones en recintos privados o en lugares de uso público, el que la reunión sea pacífica y sin armas, concretando el derecho que inicialmente parecía tan abstracto.

A su vez, la abstracción del derecho está dada también por la diversidad de medios o instrumentos a través de los cuales opera el derecho. Así por ejemplo, el derecho a la honra u honor de la persona y de su familia, asegurado por el artículo 19, núm. 4 de la carta fundamental, puede hacerse valer a través de la declaración o rectificación gratuitamente difundida por el medio de comunicación social en que la información hubiera sido emitida, por acciones judiciales u otros medios.

No cabe duda alguna que el legislador puede proteger penalmente los derechos, siendo tal protección penal parte del derecho mismo, por lo que, si se produce una perturbación o privación del derecho que sea pe-

nado legalmente, existe el derecho del ciudadano a dicha protección. Así lo han sostenido el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 73/1984, como asimismo, algunos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994 (Rol núm.13.597-94 y Rol núm. 38693-94). El último de ellos publicado en Gaceta Jurídica, de septiembre de 1994.

En atención a las consideraciones expuestas coincidimos con De Otto y Pardo, en que:

la regulación del ejercicio de un derecho consiste en la determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida, mediante la regulación de los elementos de la realidad que sirven para modalizarla partiendo de una determinación del contenido del derecho establecido por el Constituyente.<sup>263</sup>

Tales modalidades normativas pueden ser la concreción de la actividad o sector de la realidad a la que alude el derecho, la determinación del conjunto de potestades que lo integran, la regulación de los procedimientos activos y reactivos que lo hacen valer, entre otros.

El legislador como representante de la soberanía nacional, en cada momento histórico, está habilitado constitucionalmente para regular las condiciones en que se deben ejercer los derechos dentro de los límites impuestos por el artículo 19 núm. 26, vale decir, no pueden afectar, “los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Así, cuando el Constituyente habilita a los órganos colegisladores para regular el ejercicio de los derechos, les confiere una potestad para establecer formalidades, procedimientos y modalidades de ejercicio, sin que ellos puedan afectar la delimitación del derecho formulada por el Constituyente.

## II. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS

Los límites a los derechos que nos interesan son los límites jurídicos, los cuales deben distinguirse claramente de los límites de hecho, los cuales derivan de situaciones socio-económicas y culturales que afectan el ejercicio de derechos tales como el derecho al trabajo, el derecho a la cultura, el derecho a la libertad de opinión, etcétera.

<sup>263</sup> *Idem.*

## Los límites de los derechos:

se refieren a las situaciones comprendidas en el supuesto de hecho del derecho y, por consiguiente el primer paso en este tema, para saber si estamos discutiendo de límites, es configurar el supuesto de hecho, es decir, el haz de derechos y libertades a los que abarca el derecho. Fuera de esos supuestos, estamos ante problemas distintos, aunque a veces se presenten, como límites.<sup>264</sup>

### 1. *Los límites pueden ser de carácter material o formal*

Los límites materiales “se refieren a contenidos normativos que limitan la producción normativa, la interpretación y aplicación y el ejercicio del derecho”.<sup>265</sup>

El Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que “las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales” (STC, núm. 245, del 2 de diciembre de 1996).

Los límites formales establecen potestades a los operadores jurídicos, para limitar en ciertas hipótesis el ejercicio de derechos o suspenderlos temporalmente.

Por otra parte, existen límites del sistema jurídico en general, que abarcan no sólo a los derechos sino a todo el ordenamiento jurídico, entre ellos se encuentra la moral que fija el marco ético del ordenamiento, el ideal de justicia que recoge la carta fundamental y los principios jurídicos fundamentales: la República democrática y el Estado de derecho; la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. Todo lo cual cristaliza la moralidad positivada, lo que unifica y da sentido al sistema jurídico y al subsistema de derechos.

### 2. *Las limitaciones ordinarias a los derechos*

Los derechos tienen limitaciones, hay pocos derechos en la práctica de carácter absoluto, los derechos que tienen un carácter absoluto son el de no ser torturado, vale decir, sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 19, núm. 1 de la Constitución); el de no ser sometido a

<sup>264</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso...*, op. cit., p. 590.

<sup>265</sup> *Op. cit.*, p. 590.

esclavitud y el de no ser discriminado (artículo 19, núm. 2). Los derechos están sometidos a límites expresos señalados por el propio texto constitucional como son entre otros, los siguientes bienes: la moral, la salubridad pública, el orden público, la seguridad nacional, la conservación del patrimonio ambiental (artículos 19, núm. 11, 15, 24, etcétera).

Los derechos y los bienes en el orden constitucional democrático se encuentran al servicio del desarrollo de la persona y del bien común de la sociedad (artículo 1o. de la Constitución), formando parte de un sistema, donde deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes constitucionales, para considerar sus límites y su alcance en cada caso concreto, partiendo siempre de una interpretación finalista de tales derechos y bienes, el de estar al servicio de la persona humana y del bien común, lo que significa siempre un cierto equilibrio entre el individuo y el vínculo social.

Por otra parte, el ejercicio del propio derecho tiene como límite el legítimo ejercicio del derecho del otro. Como ya hemos visto, el derecho a la libertad de información puede lesionar el derecho a la vida privada, a la intimidad o el honor de una persona, el derecho de propiedad con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

En esta materia, generalmente se trae a colación la doctrina de los “preferred rights”, aceptada por la jurisprudencia constitucional, como dice la profesora Teresa Freixesa, “la posición preferente de ciertos derechos ha tenido una gran extensión más allá de ese primer ámbito cualificado y se ha aplicado también a otros ámbitos jurídicos como la libertad de expresión, las cláusulas que regulan los límites de la actuación policial...”<sup>266</sup> Como señala Peces-Barba, esta teoría de los “preferred rights” supone aceptar la existencia de una jerarquía interna entre los derechos que componen el subsistema de derechos, que permite privilegiar determinados derechos frente a otros, atendiendo a cuál es más importante o cuál causaría un mayor impacto en el sistema jurídico con su desaparición. El problema se presenta como bastante complejo, debiendo analizarse, en cada caso, la ponderación a realizar y su solución.

La jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional chileno, como la de muchos otros países de América Latina y Europa, sostienen que los límites de los derechos fundamentales deben

<sup>266</sup> Freixes Sanjuan, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, p. 60.

ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido que sea más favorable a la eficacia del derecho y sin afectar la esencia de tales derechos. El Tribunal Constitucional español ya establecía en su sentencia 13/84, de 3 de febrero, que "...corresponde al legislador regular con mayor o menor generosidad, los límites impuestos al ejercicio del derecho, incurriendo en inconstitucionalidad exclusivamente cuando se vulnere su contenido esencial...".

En todo caso, el legislador al regular un derecho esencial, además de respetar su contenido esencial, debe justificar la razonabilidad de dicha limitación, lo que valorará, luego, el juez constitucional.

También los jueces pueden limitar el ejercicio de derechos fundamentales en casos concretos a través de resoluciones judiciales, por ejemplo, respecto del derecho a la inviolabilidad del hogar (autorizando los allanamientos), la inviolabilidad de las comunicaciones (autorizando la interceptación de ellas), la libertad de asociación (disolviendo asociaciones), entre otros casos.

Los derechos pueden tener límites objetivos y subjetivos que nos ponen frente ante un fraude a la ley o ante un abuso del derecho, ante ello, los tribunales chilenos, de acuerdo a la línea jurisprudencial italiana y española, han establecido que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente.<sup>267</sup> Nuestra Constitución al regular la acción de protección (amparo en el derecho comparado), en el artículo 20, precisa que tal acción protege al que "sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos...". En fallo del 15 de septiembre de 1988, la Corte Suprema ha establecido que:

no puede impetrar una protección jurisdiccional como la que prevé el artículo 20 de la Constitución destinado al amparo del imperio del derecho, quien con su actividad o conducta reciente vulnera dicho imperio, pues no se encuentra en la condición esencial que aquella requiere, como es el ser agraviado en el ejercicio legítimo de un derecho.<sup>268</sup>

A su vez, el límite de los derechos puede centrarse en los límites específicos de cada derecho, los cuales están consignados en la regulación constitucional del derecho y de los tratados internacionales ratificados y

<sup>267</sup> Fernández Segado, Francisco, *La dogmática...*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>268</sup> Corte Suprema, 15 de septiembre de 1988, *Revista de Jurisprudencia*, t. 85, s. 51, p. 299.

vigentes, por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión y de información tiene como límites el derecho al honor, a la vida privada, a la protección de la juventud y de la infancia; el derecho de petición, el de ejercerlo en términos respetuosos y convenientes, etcétera.

También es posible encontrar en el texto constitucional, normas que prohíben limitar, por ejemplo, la libertad de opinión e información “sin censura previa”, lo que constituye una prohibición de límite, todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores en caso de delito.

Por otra parte, se plantea el tema del abuso del derecho, lo que constituye un uso excesivo, lo que produce daño a terceros, sin producir un beneficio propio, este principio extraído del derecho privado ha sido objeto de contradicción, ya que parte de la doctrina lo rechaza por ser un límite no establecido constitucionalmente, mientras otros la aceptan como norma principal limitadora, teniendo en consideración, la situación en cada caso concreto, en esta última perspectiva se encuentra Häberle, quien en su concepción institucional de los derechos considera que “la libertad de la que se abusa no es libertad en el derecho, sino que libertad que destruye el derecho”.<sup>269</sup> Peces-Barba nos dirá que estamos en presencia de un límite externo al derecho.

### *3. Algunas consideraciones finales sobre los límites a los derechos fundamentales*

- A) La limitación debe necesariamente derivarse de la Constitución explícita o implícitamente, directa o indirectamente. En esta última situación, debe justificarse por la necesidad de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos.
- B) La limitación de los derechos fundamentales debe concretarse por ley. Los derechos no pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter reglamentario.
- C) Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales debe estar motivado para que las personas afectadas en el ejercicio de sus derechos deban saber los hechos y razones que justifican el

<sup>269</sup> Häberle, en su artículo “La libertà fondamentali nello Stato Costituzionale”, p. 149, en el libro de Rovira Viñas, A., *El abuso de los derechos fundamentales*, España, Editorial Península, 1983.

por qué del ejercicio de su derecho se sacrifica y los intereses a los que se sacrificó.

- D) Toda limitación en el ejercicio del derecho debe ser controlable jurisdiccionalmente, mediante acción constitucional de amparo o protección, además de los procedimientos ordinarios o sumarios.
- E) Toda limitación de un derecho fundamental debe ser interpretada restrictivamente y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia del derecho.
- F) La norma limitadora de un derecho fundamental debe asegurar que dicha restricción sea necesaria para conseguir el fin perseguido, donde este último debe ser siempre un fin legítimo, si bien la legitimidad se constata a partir de la propia Constitución.
- G) El acto limitador del ejercicio del derecho debe considerar la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se encuentra a quien se impone el sacrificio.
- H) La limitación del derecho debe respetar siempre su contenido esencial que constituye el núcleo duro que nunca podrá ser afectado por las limitaciones legislativas, es el límite a la acción limitadora legislativa en materia de derechos fundamentales. Así, todos los siete pasos anteriores permiten delimitar el derecho y nos indican si la acción concreta forma o no parte del derecho.
- I) De entre los diversos medios posibles para operar la limitación del derecho hay que optar por aquellos que lesionen o afecten en menor medida el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

### III. LAS LIMITACIONES EXCEPCIONALES

#### A LOS DERECHOS: LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

#### 1. *Introducción*

El tema de fondo de los estados de excepción es el de la relación del poder y el derecho. Lo normal, de acuerdo a la concepción del Estado constitucional de derecho, es que el poder está sometido al derecho y actúe encuadrado por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la existencia de situaciones excepcionales y anormales que amenazan gravemente o ponen en peligro inminente la subsistencia del Estado y del ordenamiento jurídico, tales como guerras internacionales, guerras civiles o

internas, rebeliones armadas, se sostiene que no bastan para afrontarlas y superarlas los instrumentos que proporciona la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, sino que debe recurrirse a medidas extraordinarias, dictadas de acuerdo a las necesidades que presenta la situación, siempre que la finalidad perseguida sea coherente con los principios inherentes al Estado democrático de derecho en que se inserta.

El fundamento de la adopción de estas medidas extraordinarias es el principio de la legítima defensa que se encuentra presente en el derecho penal, es decir, la utilización de un medio generador de un dao cuando se busca repeler un acto violento o ilegítimo, debiendo en todo caso mantenerse el principio de proporcionalidad, ya que el medio utilizado para repeler la agresión debe ser proporcional a las circunstancias. También se ha entregado como justificación determinados principios generales del derecho como la cláusula *rebus sic stantibus* o la teoría de las plusvalías políticas adicionales. Ello justifica las restricciones o suspensiones del ejercicio de determinados derechos constitucionales, sin que, en ningún caso, puedan suspenderse o restringirse otras, como claramente lo determinan los pactos de derechos humanos vigentes en el ambiente de Naciones Unidas y el ámbito americano, que son los que nos afectan directamente.

El establecimiento de estados de excepción constitucional, en los ordenamientos constitucionales, busca evitar el rompimiento del Estado de derecho cada vez que se presenten situaciones de anormalidad, y los gobiernos cuenten con atribuciones que sólo se justifican en situaciones de crisis o emergencia. Es por ello que las Constituciones que operan dentro de la concepción de un Estado democrático y un Estado de derecho autorizan en situaciones de excepción la declaración de Estados de excepción, previa constatación empírica objetiva y demostrable de la existencia de las hipótesis normativas sealadas en la Constitución, que habilitan para declarar formalmente el Estado de excepción y ejercer las atribuciones que éste habilita, no pudiendo afectarse el ejercicio de otros derechos que no autoriza el ordenamiento constitucional y los pactos internacionales de los cuales el Estado es parte, con el consiguiente control jurisdiccional de los tribunales nacionales y de las instancias internacionales o supranacionales que establecen los pactos internacionales o sus protocolos complementarios.

A su vez, el respeto por las autoridades del Estado de las normas constitucionales sobre estados de excepción en armonía con los pactos inter-

nacionales constituye una garantía para los derechos de las personas, la que no existiría de no regularse jurídicamente las situaciones de excepción que pueden enfrentar los estados, situaciones anormales que pueden superarse dentro del Estado de derecho y del respeto de los derechos de las personas.

Sin embargo, el establecimiento de los estados de excepción requiere de situaciones verdadera y comprobadamente excepcionales que constituyan una amenaza presente o inminente contra la seguridad de las instituciones que configuran el Estado de derecho y Estado constitucional democrático, lo que constituye una amenaza indirecta al respeto, protección y garantía de los derechos de las personas que el Estado protege por la amenaza de superación o de peligro inminente de superación de la institucionalidad b sica del Estado. Así, los estados de excepción pueden afectar temporalmente el ejercicio de algunos derechos, pero sólo por el lapso estrictamente necesario para superar la situación de excepción y salvar la vigencia de los demás derechos y luego restablecer el pleno imperio de todos los derechos.

Uno de los aspectos centrales que preocupan al ámbito del derecho constitucional y de los derechos humanos, es que la regulación de dichos estados de excepción constitucional pueden presentar el riesgo de abrir paso, en una perspectiva de abuso y desviación de poder, a la ruptura del Estado constitucional de derecho.

Desde otra perspectiva, se presenta la interrogante de hasta dónde es posible regular jurídicamente, tanto las circunstancias de hecho que configuran las situaciones de excepción, como el contenido de las medidas excepcionales o extraordinarias que en la ocasión se autorizan y quién las autoriza.

El peligro más grave para un Estado constitucional de derecho es la utilización de fórmulas indeterminadas o demasiados ambiguas, que dejen un nivel amplio de discrecionalidad a la autoridad o a las autoridades que deben concurrir a la toma de la decisión, corriendo el riesgo de que la adopción de los estados de excepción se preste para abusos de poder y para solucionar represivamente conflictos políticos normales en una sociedad democrática.

El objetivo que debe cumplirse en un Estado constitucional de derecho al regular los estados de excepción constitucional, es conciliar las exigencias de preservación de la sociedad democrática y sus libertades con la de preservar su seguridad interna y externa, en otras palabras, *salvar*

*simult neamente*, la *ratio juris* y la *ratio status*, sometiendo al ordenamiento jurídico, lo que pareciera intentar escapar de su regulación, la emergencia, la situación de excepción.

Por último, es necesario señalar que los estados de excepción que nos interesa analizar son aquellos que se encuentran regulados e integrados en los ordenamientos constitucionales y no aquellos otros “estados de excepción”, así denominados genéricamente, en los cuales se ha quebrantado el ordenamiento constitucional y se ha estructurado un gobierno de facto al margen del Estado de derecho o se ha establecido una dictadura constitucional. Lo que caracteriza a esta última institución, la dictadura constitucional, es la concentración de todos los poderes en una magistratura única, en un ordenamiento donde se renunció a prever las situaciones de excepción y a delimitar los efectos de las necesidades derivadas de la superación de la emergencia sobre el ordenamiento constitucional.

Así, el modelo de Estado excepcional difiere, profundamente de la dictadura constitucional, ya que el primero establece una regulación normativa dentro de la Constitución que opera manteniendo lo fundamental del orden constitucional, instituyendo solamente algunas competencias extraordinarias taxativamente delimitadas para afrontar la crisis a ciertos órganos del Estado, cuando ella no puede ser superada por los medios normales contemplados en la carta fundamental. Como señala Cruz Villalón, “el presupuesto esencial del estado excepcional es la tipificación de la emergencia” en el texto constitucional.<sup>270</sup>

No podemos dejar de mencionar que, en diversos países de América Latina en su historia reciente, los “estados de excepción” en sentido amplio o gobiernos de *facto*, utilizan el instrumental de los estados de excepción constitucional en sentido estricto. Obviamente, los ordenamientos jurídicos no regulan los estados de excepción en sentido lato, es decir, aquellos que constituyen un rompimiento del ordenamiento constitucional y se convierten en gobierno de *facto*. A lo más, algunas Constituciones latinoamericanas establecen el derecho de rebelión contra dichos regímenes inconstitucionales, estableciendo fuertes sanciones administrativas, civiles o penales, una vez que se reestablezca el ordenamiento constitucional, a quienes hayan servido al régimen de facto, todo lo cual sólo ser posible en caso de que las fuerzas constitucionales resulten triunfantes

<sup>270</sup> Véase Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, España, Tecnos, 1984, pp. 33 y 34.

frente a la acción de las fuerzas del gobierno de facto, de lo contrario, este último establecer el fundamento de un nuevo ordenamiento jurídico que reemplace al anterior.

La incidencia indiscutible que tiene la aplicación de los estados de excepción respecto del respeto y garantía efectiva de los derechos humanos, no sólo genera la preocupación de quienes se interesan en los estados, en la vigencia efectiva de un Estado de derecho, sino que es uno de los puntos de preocupación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, cuyas regulaciones limitan y condicionan la utilización de los estados de excepción constitucionales en el plano de derecho interno de los estados.

De esta forma, los elementos integrantes del derecho de excepción, están dados por la definición de las hipótesis de excepción; la determinación taxativa de los estados de excepción; la determinación de las autoridades que aprecian tales situaciones de excepción y pueden determinar los estados de excepción; la determinación de las medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del respectivo Estado de excepción; las garantías y controles jurídicos nacionales e internacionales previstos para evitar el uso abusivo o arbitrario de las competencias extraordinarias derivadas de los estados de excepción constitucionalmente previstos.

Podemos concluir esta introducción señalando, que los estados de excepción constituyen un conjunto sistematizado de normas constitucionales y de derecho internacional, que informados por los principios de necesidad y temporalidad, tienen por objeto las situaciones de crisis y por finalidad la mantención o restablecimiento del Estado de derecho constitucional democrático.<sup>271</sup>

## 2. *Los estados de excepción en el ordenamiento jurídico chileno*

Las Constituciones chilenas han incluido con mayor o menor amplitud, los estados de excepción constitucional. No pretendemos realizar un estudio en la materia de carácter histórico, sólo consideramos las cartas de 1925 y 1980, que son aquellas que nos han regido durante los últimos casi setenta años.

271 Véase Amaral Santos, Aricê Moacyr, *O Estado de emergência*, Sao Paulo, 1981, p. 31 y Afonso da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, 6a. ed., Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 635.

Con el objeto de realizar un estudio sistemático consideraremos los siguientes aspectos: 1) circunstancias de hecho en que se produce la situación de excepción; 2) la o las autoridades que deciden y autorizan la excepción; 3) los contenidos de las facultades o poderes extraordinarios, 4) límites y controles de los poderes extraordinarios.

### *A. Las circunstancias de hecho en que se produce la situación de excepción*

#### *Introducción*

La doctrina, en general, señala tres tipos de situaciones que justifican la imposición de un Estado de excepción constitucional: la guerra, las perturbaciones de orden público y las calamidades naturales.

Algunos autores agregan a esta tipología que las dificultades económicas graves pueden justificar la declaración de un Estado de excepción, otros consideran que una crisis económica sólo justificaría un Estado de excepción constitucional en el caso que produzca una perturbación del orden público, de modo que la crisis económica sólo de manera indirecta podría ser causa de un Estado de excepción Constitucional. En este último sentido tenemos las conclusiones del seminario de expertos internacionales conocida como “Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos”.<sup>272</sup>

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Lawless*, ha aportado a la doctrina sobre causales de Estados de excepción que:

El significado natural y corriente de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación es, según opinamos nosotros, una situación de peligro o crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no sólo a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que el Estado en cuestión está compuesto.<sup>273</sup>

De esta forma, aquel concepto de amenaza a la vida de la nación debe comprender cuatro elementos básicos: a) la existencia de un peligro ex-

<sup>272</sup> Véase, *Los estados de excepción en la región andina*, Perú, Comisión Andina, 1987, pp. 277-295.

<sup>273</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Serie B, 1960-1961, p. 82.

cepcional; *b*) que sea inminente; *c*) que afecte a la población en su totalidad y *d*) genere consecuencias para la vida organizada de la comunidad.

En el caso de Grecia, la Comisión Europea de Derechos Humanos hizo un aporte significativo a la definición, equiparando el concepto de peligro excepcional a la situación en que “las medidas o restricciones normales permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden sean claramente inadecuadas”.<sup>274</sup>

A su vez, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, se ha pronunciado oficialmente acerca del sentido y alcance del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, párrafo 1, en su informe de 1983, sobre Nicaragua, en los siguientes términos:

“La Comisión considera, al interpretarse la primera parte del párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana, que la emergencia debe revestir un carácter grave, motivada por una situación excepcional que verdaderamente signifique una amenaza a la vida organizada del Estado”.<sup>275</sup>

En tal sentido no es suficiente de que el gobierno del Estado se encuentre amenazado, sino que sea la vida organizada del país, la que se vea en esa situación, ya que el gobierno puede estar gravemente amenazado en su subsistencia por una elección o puede ser, incluso, el gobierno el que amenace la vida organizada del país, por violar derechos humanos de manera generalizada y sistemática.

A su vez, los principios de Siracusa en el párrafo correspondiente a las “situaciones de excepción” que pongan en peligro la vida de la nación, establece los siguientes criterios:

39. Un Estado parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4o. (en lo sucesivo denominadas medidas de derogación) cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación. Se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando:

a) Afecte toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y

274 Caso de Grecia, Comisión Europea de Derechos Humanos, párrafo 153.

275 Documento de la OEA, Ser/L/V/II.62, documento 10, rev. 3-29 de noviembre de 1983, Washington, D. C.

b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto.

Es de gran importancia que las situaciones o hechos que motiven la declaración del Estado de excepción sean hechos reales o inminentes de carácter grave que no sean susceptibles de ser afrontados con los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para tal efecto.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del periodo 1980-1981, llamó la atención sobre dichos aspectos, en la siguiente forma:

Sin embargo, en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados sin que las circunstancias los justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción queda en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción, las que sólo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o la seguridad del Estado.<sup>276</sup>

A su vez, en el caso Grecia, citado por O'Donnell, el fallo de la Corte Europea determinó que la restricción transitoria se justifica cuando "las medidas o restricciones normales permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden (sean) claramente inadecuadas".

La existencia o no de la gravedad de la emergencia en forma objetiva, es un elemento que, necesariamente, debe ser evaluado por el control jurídico, tanto interno como internacional, de la aplicación de las medidas.

Es así como los principios de Siracusa, plantean que:

"51. La gravedad, duración y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adaptarán a lo estrictamente necesario para hacer frente a la amenaza a la vida de la nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance".

Finalmente, las restricciones provocadas por los estados de excepción constitucional no pueden ser incompatibles con otras obligaciones del de-

276 OEA/L/V/II, 54 Doc., 9 rev., 16 de octubre de 1981.

recho internacional en materia de derechos humanos que obligan al Estado nacional, como es el caso del derecho internacional Humanitario regulado por los Convenios de Ginebra del año 1949 y sus protocolos adicionales, los que regulan el denominado “derecho de la guerra”, conteniendo normas sobre protección a los heridos, a los enfermos y a los náufragos;<sup>277</sup> el comportamiento de los combatientes y la protección de los prisioneros de guerra protección de la población civil y de las personas civiles en tiempo de guerra,<sup>278</sup> y protección a las víctimas de los conflictos armados no internacionales.<sup>279</sup>

En especial, el artículo 3o. que es común a los cuatro convenios de Ginebra y el II Pacto Adicional, establecen:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, o cualquier otro criterio an logo. A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios.

b) La toma de rehenes.

c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos, los enfermos y los náufragos serán recogidos y cuidados.

277 O'Donnell, *Legitimidad*, op. cit., p. 196.

278 “Convenio de ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra” (III Convenio del 12 de agosto de 1949). Protocolo adicional I, título III.

279 “Convenio de ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra” (IV Convenio del 12 de agosto de 1949). Protocolo adicional I, título IC.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes contendientes.

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por la vía de acuerdos especiales, la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes.

El Protocolo adicional II extiende a los conflictos armados no internacionales la aplicación de las principales normas del Protocolo I relativo a protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades.

Otras convenciones aplicables en la materia son las convenciones sobre la Tortura, sobre el Genocidio y los convenios de la OIT en materia de derechos humanos básicos.

### *B. Circunstancias que justifican los estados de excepción constitucional en Chile*

#### *Circunstancias justificatorias bajo la carta de 1925*

La Constitución de 1925 establecía como circunstancias justificatorias para declarar un Estado de excepción constitucional los casos de “guerra extranjera”, “ataque exterior” o “conmoción interior” de acuerdo al artículo 72, núm. 17. A su vez, el artículo 44 autoriza la restricción de determinados derechos cuando lo reclamare “la necesidad imperiosa de la defensa del Estado”, de “la conservación del régimen constitucional” o de “la paz interior”.

Bajo el imperio de la Carta de 1925 se consideró que había ataque exterior cuando “un punto cualquiera del territorio es invadido por fuerzas armadas extranjeras y con propósitos hostiles. No bastaban los simples incidentes de frontera de fácil solución diplomática.

A su vez, por conmoción interior se entendía, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua “tumulto, levantamiento, alteración de algún reino, provincia o pueblo”. Se trata de un levantamiento concreto o visible.

Las facultades extraordinarias. Estas facultades extraordinarias derivaban de la Carta de 1833, la que las establecía en su artículo 36, núm. 6, que era atribución exclusiva del Congreso Nacional “autorizar al presidente de la República para que use facultades extraordinarias, debiendo

siempre señalarse expresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado a la vigencia de esta ley. Esta disposición fue sustituida por reforma constitucional del 24 de octubre de 1878 en términos relativamente similares a lo que se encontraba en la Constitución de 1925.

En la Carta de 1925, su artículo 44, núm. 12, señalaba que sólo en virtud de una ley se puede “restringir la libertad personal y de imprenta y suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión, cuando lo reclame la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y sólo por periodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaran penas, su aplicación se hará siempre por los tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril de 1948, resolvió que “la necesidad o conveniencia de dictar semejante ley es facultad privativa del Poder Legislativo”.

Ley de Emergencia. Durante la Segunda Guerra Mundial se dictó en Chile la ley núm. 7.200 publicada en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1942, generalmente denominada ley de emergencia, que permitía establecer zonas de emergencia, partes del territorio nacional en caso de “peligro de ataque exterior o de invasión”, de “actos de sabotaje contra la seguridad nacional”, según determinaba el artículo 23 de la ley en análisis.

La Ley núm. 8.837 del 22 de agosto de 1947, en su artículo 1o., agregaba otra circunstancia de hecho que posibilitaba la declaración de zona de emergencia, los “actos de sabotaje contra la producción nacional”.

El DFL, núm. 34/2.245, publicado en el *Diario Oficial* del 24 de noviembre de 1942, había conceptualizado el sabotaje como “toda acción encaminada a destruir o perjudicar armamentos, municiones, elementos bélicos o instalaciones de cualquier clase relacionado con algún servicio público, empresas o industrias útiles a la defensa y aprovisionamiento o economía del país, a los medios de locomoción o comunicación que tiende a perturbar la defensa nacional”.

Las zonas de emergencia fueron declaradas en variadas oportunidades por los gobiernos, como son los casos de las leyes 8.837 del 23 de agosto de 1947; 8.940 del 16 de enero de 1948 y 8.960 del 1o. de julio de 1948; ley 9.261 del 15 de noviembre de 1948.

A su vez, durante el gobierno del General Carlos Ibañez del Campo, por simples Decretos Supremos y de forma que vulneraba la Constitución, declaró Zonas de Emergencia a través de los Decretos Supremos, núm. 2.407, 2.408, 2.410 y 2.412 del 10 de septiembre de 1954, remitiéndose en tales decretos a la ley 7.200 y al DFL 34/2245.

En 1958 se declara una nueva zona de emergencia a través de la Ley 12.927 del 6 de agosto de 1958, sobre seguridad del Estado, la que crea un nuevo régimen de excepción llamado Estado de emergencia. El artículo 31 de ese cuerpo legal sealaba: “En caso de guerra, de ataque exterior o de invasión, el presidente de la República podrá declarar todo o parte del territorio nacional en Estado de emergencia, sea que el ataque o invasión se haya producido o existan motivos graves para pensar que se producir”. Esta norma sufrió una importante modificación en virtud de la Ley 13.959 del 4 de julio de 1969, la cual vendrá a agregar un segundo inciso a este artículo: “En caso de calamidad pública el presidente de la República podrá declarar en estado de emergencia la zona afectada, por una sola vez y hasta por un plazo de seis meses”.

Finalmente, la ley núm. 13.959 del 4 de junio de 1960 determina como causal para decretar el estado de emergencia “la calamidad pública”.

Podemos concluir que durante la vigencia de la Constitución de 1925, se produjo una ampliación significativa de causales justificatorias de regímenes o Estados de Excepción, las cuales si las sistematizamos, son las siguientes:

1. Guerra extranjera.
2. Ataque exterior, peligro de ataque exterior o de invasiones.
3. Conmoción interior.
4. Necesidad imperiosa de defensa del Estado.
5. Conservación del régimen constitucional.
6. Conservación de la paz interior.
7. Actos de sabotaje contra la seguridad nacional.
8. Actos de sabotaje contra la producción nacional.
9. Calamidad pública.

Muchas de estas causales no estaban claramente conceptualizadas, prestándose para interpretaciones amplias y por tanto, su definición e interpretación quedaba entregada a la autoridad que declaraba el Estado de excepción correspondiente.

No siempre se respetaron las causales que autorizaban la dictación de los estados de excepción. En efecto, se dictaron estados de sitio de carácter preventivo, cuando no existían los hechos que eran necesarios y habilitantes para declararlos, un ejemplo de ellos es el dictado en septiembre de 1954 por el presidente Ibáñez del Campo, donde se establece como fundamento del decreto respectivo, lo siguiente:

Que no obstante la solución obtenida para los movimientos huelguísticos del cobre y para muchos otros con que la ciudadanía ha sido perturbada en el ejercicio de la actividad laboriosa, subsiste el peligro de una acción destinada a quebrantar el juego de nuestra vida democrática.

Que a cada instante toman mayor ímpetu las amenazas de un paro general y de huelgas de advertencia o de adhesión, según antecedentes que obran en poder del Ejecutivo y que obedecen a un plan de inspiración foránea.

Que es obligación fundamental del presidente de la República mantener el orden público de acuerdo con lo prescrito en el artículo 71 de la Constitución Política y preservar la estabilidad institucional, para la cual deben preverse los acontecimientos a fin de evitar a la nación contingencias dolorosas.

Otro ejemplo es el forzamiento de las causales establecidas en el ordenamiento jurídico, interpretándolo de manera diferente de la finalidad y situaciones previstas por el legislador. Un ejemplo de ello fue el Decreto Supremo núm. 204 del Ministerio de Defensa del 30 de junio de 1973, fundamentando el estado de emergencia de la siguiente forma:

1. Los graves hechos que se iniciaron en la mañana de hoy por miembros de una unidad del Ejército de la Guarnición de Santiago; 2. que estos hechos aún difíciles de conocer en toda su magnitud, están amenazando la normalidad constitucional en todo el país; 3. que todo lo anterior por la imposibilidad de prever las consecuencias que pueden derivarse de la actual situación, constituye calamidad pública...

En lo que se refiere a la aplicación de las medidas durante el Estado de sitio, se cometieron excesos fuera del ordenamiento jurídico al imponerse traslados a un lugar determinado y no en un departamento en cuanto división político-administrativa del Estado como establecía el precepto normativo vigente, lo que fue avalado por los tribunales. Así una sentencia de la Corte de Santiago citada por Elena Caffarena en su trabajo “El

recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia, Santiago, 1957, se señala:

Que, con todo, y atendidas las alegaciones hechas en estrados es de advertir que la Constitución Política al autorizar al presidente de la República para trasladar a un individuo de un departamento a otro, en la situación grave de conmoción interior, que da lugar a un Estado de sitio, lo está facultando para trasladarlo de un punto determinado a otro punto de un departamento distinto, que es la única manera que tendría el gobierno constituido para vigilar los actos de las personas trasladadas ya que si se entendiere que la atribución es sólo para trasladar a un departamento distinto, dentro de cuyo territorio pudiera actuar a discreción el trasladado, haría ilusoria la medida, pues hay que convenir que ésta no sólo tiene por objeto alejar a un individuo que se ha estimado peligroso de un punto determinado, sino que también llevárselo a otro donde pueda vigilársele a fin de que no eluda el traslado que se le ha impuesto.

Otra práctica distorsionadora es la de no dictación de decreto para ordenar el arresto de personas, a las cuales se aplicaba dicha medida, considerando el ejecutivo que bastaba una simple orden del presidente de la República, violándose así el artículo 75 de la Carta de 1925. Asimismo, como en muchas oportunidades la orden era verbal, se vulneraba el artículo 13 de la misma Constitución, que establecía que la orden de detención debía ser intimada en forma legal, los tribunales avalaron este proceder salvo casos excepcionales. En muchas oportunidades se detenía a las personas en Comisarías de Investigaciones, en lugares destinados a reos comunes, lo que vulneraba una garantía constitucional como lo seala el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 1932 “dicha detención no ha podido ni legal ni constitucionalmente llevarse a efecto en un local que por su naturaleza misma está destinado a servir de lugar de detención aéreos comunes como es la Comisaría de Investigaciones...” (Gaceta de los Tribunales, 1932, t. II, p. 517). En otras oportunidades, se aplicaba el Estado de Sitio a todo el territorio nacional y no sólo al punto afectado por la conmoción.

Finalmente, algunas veces el Ejecutivo clausuraba las sesiones extraordinarias del Congreso para poder declarar el Estado de Sitio sin acuerdo de este último o, en algunas oportunidades, el Congreso es quien delega en el Ejecutivo la facultad de dictar leyes de facultades extraordinarias

o el Estado de Sitio, cuya delegación no estaba autorizada por la Constitución.

A su vez, los tribunales de justicia, en general, se inhibieron de ejercer sus facultades jurisdiccionales y conservadoras al no entrar a calificar la justificación de los estados de excepción como tampoco la razonabilidad de las medidas adoptadas durante su vigencia, sólo en algunas oportunidades, y no siempre, calificaban las circunstancias formales que rodeaban la utilización de las medidas en los casos específicos que les eran sometidos a su conocimiento.

#### *b. Las circunstancias justificatorias bajo la Constitución de 1980*

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estableció una subcomisión que analizó los estados de excepción y que trabajó paralelamente en el Acta Constitucional núm. 4 relativa a regímenes de emergencia, como en el articulado permanente para la Constitución, en las sesiones 217-220, 361-364 y 367-371, concluyendo en la necesidad de terminar con la complejidad y frondosidad de legislación en materias de estados de excepción, llegando a consagrar constitucionalmente una sistematización de los estados de excepción en sus aspectos básicos en los artículos 39-41, no pudiendo haber otros regímenes de excepción establecidos por ley o norma reglamentaria.

El artículo 39 determina como situaciones de excepción que son las circunstancias justificatorias para establecer los estados de excepción, las de:

- a) Guerra externa o interna
- b) Conmoción interior
- c) Emergencia
- d) Calamidad pública

Respecto de estas circunstancias justificatorias o situaciones de excepción que habilitan para establecer los estados de excepción constitucional, el Constituyente estimó no aconsejable definirlos en la Constitución, el mismo criterio mantuvo el legislador orgánico. Se argumentó que tales conceptos eran más bien de orden político y definirlos significaba precisar, con carácter jurídico, conceptos políticos, de manera tal que decisiones de gobierno podrían ser susceptibles de revisarse por vía jurisdiccional, como asimismo, que al definirlos podría correrse el riesgo de que

ciertas situaciones no fueran consideradas, dejando al gobierno sin instrumentos para enfrentar la situación, ya que las anomalías son difíciles de prever en todas sus dimensiones. En nuestra opinión, las situaciones de excepción son de hecho excepcionales y anormales, en las que el orden jurídico o la existencia de la sociedad política y el Estado se ven o están inminentemente amenazados por una guerra, una conmoción interior, una calamidad pública u otra emergencia.

a) *Guerra externa o interna*

Se entiende que hay guerra externa cuando formalmente ha sido declarada por decreto supremo del presidente de la República, con la firma de todos los ministros de Estado, previa autorización por ley, en la que conste que se ha escuchado al Consejo de Seguridad Nacional. Dicha ley es de iniciativa exclusiva del presidente de la República. Una segunda situación en que se entiende que hay guerra externa es cuando existiere de hecho la guerra o se hubiere decretado la movilización para ella, según determina el artículo 418 del Código de Justicia Militar.

Aun cuando en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución no hubo acuerdo oficial, se señaló que quedaban comprendidas dentro de la expresión “situación de guerra” el ataque exterior, los enfrentamientos armados, el peligro de invasión, la guerra entre terceros estados que puedan comprometer la integridad nacional o comprometer la soberanía, el enfrentamiento con fuerzas irregulares extranjeras con patrocinio o no de un Estado extranjero y la obligación perentoria, para un país signatario del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro de ponerse en beligerancia inmediata. Así consta en la sesión núm. 219 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, aun cuando ésta no constituye historia fidedigna de la norma constitucional.

La guerra interna no ha sido definida en la Constitución ni por el legislador, en todo caso, consideramos que debe tratarse de un conflicto armado grave entre sectores que integran la sociedad y que luchan por la consecución del poder o por reivindicaciones al margen del ordenamiento constitucional democrático, los cuales tienen una organización militarizada y controlan alguna porción del territorio del Estado, todo ello armonizando la disposición constitucional con las convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios, ratificados por el Estado de Chile y vigentes, los cuales junto con ser derecho internacional

obligatorio para Chile, forman parte de su propio ordenamiento jurídico interno.

Tal situación de guerra interna debemos diferenciarla de la de conmoción interna, ya que el legislador orgánico constitucional ha establecido la diferencia al señalar que sólo en el caso de Estado de sitio por causa de guerra interna, cesa la competencia de los tribunales militares en tiempo de paz y comenzar la de los tribunales militares en tiempo de guerra, como lo dispone el artículo 15 de la LOC de estados de excepción, situación en que inmediatamente deben entrar a regir los Convenios de Ginebra y sus protocolos complementarios.

Consideramos que en ambos tipos de guerra hay un estado de beligerancia que debe regirse por las convenciones de Ginebra de 1949, consideramos, además, que no puede establecerse el estado de guerra interna sin que se cumplan las exigencias establecidas en dichas convenciones y sus protocolos complementarios. Así está establecido también en otras Constituciones latinoamericanas, por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 214.2, el cual establece que los estados de excepción se someterán a las siguientes disposiciones: “2... en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

#### b) *La conmoción interior*

En la sesión 218 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se determinó que, en principio, había conmoción interior no sólo al enfrentarse fuerzas rebeldes con la fuerza pública, sino también al haber acciones, amenazas o presiones de tal naturaleza que puedan trastornar significativamente el orden institucional o económico. Nos parece que el nivel de enfrentamientos de la fuerza rebelde con las fuerzas públicas, para diferenciarse de la guerra interna debe ser localizado en una parte no demasiado significativa del territorio nacional, sin control de territorio por parte de los rebeldes y con fuerza no demasiado significativa. De lo contrario, no habría criterio diferenciador entre guerra interna y conmoción interna, lo que a todas luces y aplicando criterios de hermenéutica constitucional, las distinciones expresas se hacen en la medida que tengan diferente naturaleza y consecuencias jurídicas.

### c) *Emergencia*

De las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se llega a la conclusión que la emergencia es un concepto genérico, en que se busca regular lo no previsto, y sus causas podían ser políticas, económicas, sociales o científicas, entre otras. La emergencia busca regular el imprevisto entregándose algunos instrumentos jurídicos a la autoridad para enfrentarlos. Ello explica lo amplio de las causales para decretar el Estado de emergencia: a) graves alteraciones al orden público y b) daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o de origen externo.

De acuerdo a las convenciones internacionales, la autoridad debe establecer dicho Estado de excepción por una amenaza que revista carácter de gravedad que sea “efectiva” y “real” para “el orden público de un Estado democrático o para la seguridad nacional de una sociedad democrática”.

La necesidad del Estado de excepción, implica la existencia de un motivo que justifica las limitaciones reconocidas en el ordenamiento constitucional y convencional internacional obligatorio para el Estado, que responda a una necesidad apremiante, responda a un objetivo legítimo y guarde proporción con dicho objetivo, todo lo cual debe basarse en consideraciones de carácter objetivo.

El concepto de orden público debe interpretarse en armonía con el derecho convencional internacional que forma parte de nuestro ordenamiento interno, lo que implica que el orden público se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de un Estado de derecho y una sociedad democrática.

La seguridad nacional se puede invocar sólo para justificar medidas que limiten derechos cuando ellas se adopten para proteger la existencia del Estado en su conjunto, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de dicha fuerza, no pudiendo invocarse como motivo para superar amenazas locales contra el orden público. Todo ello, siempre dentro del marco del mantenimiento de una sociedad democrática, lo que constituye una limitación adicional a la acción de la autoridad, ya que la justificación de que la limitación no entorpece el funcionamiento de la sociedad democrática incumbe al Estado que impone la limitación.

d) *Calamidad pública*

Esta situación está constituida por los fenómenos que por causas de carácter natural o humano produzcan o puedan producir grave daño a la seguridad nacional.

e) *Peligro de perturbación de la paz interior*

Cabe señalar, finalmente, que desde el 11 de marzo de 1981 y hasta marzo de 1990, la Carta de 1980 facultaba al presidente de la República para establecer un estado de excepción de carácter transitorio, que sólo podía regir durante ese periodo, como lo determinaba la disposición vigésimo cuarta transitoria de la Constitución, el que se denominaba “Estado de peligro de perturbación de la paz interior”. El cual tenía por objeto neutralizar o enfrentar el que se produjeran actos de violencia destinados a alterar el orden público o cuando hubiere peligro de perturbación de la paz interior. Todo lo cual dependía del criterio del presidente de la República.

Al considerar las circunstancias que justifican un Estado de excepción Constitucional en un Estado parte del Pacto Internacional y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como es el Estado de Chile, estas circunstancias deben reunir copulativamente los siguientes requisitos: a) debe tratarse de hechos que constituyen un atentado en contra de la Seguridad del Estado; b) que el atentado sea grave y c) que se trate de un atentado real.

f) *Los hechos que constituyen un atentado  
contra la seguridad del Estado*

Ello obliga a considerar al Estado en su conjunto, a aquellos factores vitales para la organización social general, lo que va mucho más allá de la seguridad del gobierno, ya que la seguridad del gobierno puede ser amenazado por hechos normales en un Estado constitucional democrático de derecho, como pueden ser las elecciones o acciones de resistencia pacífica o desobediencia civil que no ponen en peligro ni los derechos de los habitantes ni el sistema democrático constitucional de gobierno.

Como lo ha establecido la jurisprudencia internacional y la doctrina, el hecho debe afectar a la generalidad de la población y constituir una

amenaza a la vida organizada de la comunidad, lo que exige la existencia de una alteración del funcionamiento esencial de las instituciones del Estado de derecho democrático.

g) *Que se trata de atentados graves*

El atentado es grave cuando efectivamente puede constituir un peligro serio, significativo para la Seguridad del Estado, que no puede ser enfrentado o resuelto por medio de la legislación ordinaria que tiene por objeto velar por la protección de la seguridad del Estado y el orden público.

Este requisito fue ampliamente vulnerado durante el gobierno autoritario militar que rigió el país entre 1973 y marzo de 1990, estableciéndose, en forma permanente, estados de excepción sin ninguna justificación de acuerdo a los principios expuestos.

h) *Que se trate de atentados reales*

El peligro que lleva a establecer un Estado de excepción es un peligro real y no sólo eventual o hipotético, el peligro puede ser también inminente lo que requiere de una manifestación concreta o empírica de ello. No puede tratarse de “situaciones latentes” o de “peligro de perturbación de la paz”, causales de orden fundamentalmente subjetivas, como se dieron durante la vigencia del régimen autoritario militar en el periodo 1973-1990.

En virtud del análisis efectuado, consideramos necesario que quien evalúa las circunstancias que habilitan para establecer los estados de excepción, sea un órgano distinto del que solicita su establecimiento, sea un órgano que debe dar su acuerdo para establecerlos, prorrogarlos o renovarlos, debe ser el Congreso Nacional, por su naturaleza de órgano representativo del cuerpo político de la sociedad y por ser el órgano encargado, en una de sus ramas, la Cámara de Diputados, de fiscalizar los actos del gobierno. Teniendo el Congreso, además, la facultad de dejar sin efecto cualquiera de los estados de excepción, si las circunstancias graves o reales que atentaban contra la seguridad del Estado han desaparecido, lo que debe estar expresamente establecido en la Constitución.

Consideramos además, que los estados de excepción que pueden establecerse son los taxativamente señalados en la Constitución, eliminándo-

se la práctica existente bajo la Carta de 1925 de crear, implícita o explícitamente a través de la ley nuevos estados de excepción, lo que implica derogar expresamente las normas referidas a estados de emergencia contenidas en la ley 12.927 sobre seguridad del Estado.

*C. Las autoridades que deciden o autorizan el Estado de excepción*

*a) Las autoridades que deciden el Estado de excepción  
bajo la Carta de 1925*

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional si consideramos la Constitución de 1925 y la Carta de 1980, podemos observar una cierta evolución.

En efecto, bajo la Constitución de 1925, el artículo 72, núm. 17 establecía como atribución especial del presidente “Declarar en Estado de Asamblea” una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra externa, y en Estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior.

En caso de conmoción interior la declaración de hallarse uno o varios puntos en Estado de sitio, corresponde al Congreso, pero si éste no se hallare reunido, puede el presidente hacerlo por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el presidente de la República se entender como una proposición de ley.

Así bajo la Carta de 1925, la declaración de Estado de sitio en caso de ataque exterior era una facultad presidencial, lo mismo que la declaración del Estado de Asamblea. En cambio, la declaración del Estado de sitio en caso de conmoción interior corresponde como atribución al Congreso Nacional, sólo si el Congreso no se hallare reunido puede hacerlo el presidente de la República, medida que el Congreso podrá ratificar o dejar sin efecto desde el momento que se reúna, aunque su decisión no produce efectos retroactivos.

A su vez, las facultades extraordinarias que podían otorgarse al presidente eran materia de ley, lo que requería el pronunciamiento favorable del Congreso Nacional, aunque la iniciativa sobre ley, en la materia, durante la vigencia de la Constitución de 1925, era del presidente de la

República, por razones obvias, aun cuando los parlamentarios estaban facultados para ejercer la iniciativa de ley en la especie.

A su vez, era la ley la que autorizaba al presidente de la República para declarar zonas de emergencia, pero ellas autorizaban al presidente de la República para que, por vía administrativa, pudiera restringir ciertos derechos.

*b) Las autoridades que deciden los estados de excepción  
bajo la Carta de 1980*

La Constitución Política de 1980 establece al presidente de la República como la autoridad que determina la existencia de los estados de excepción constitucional. En efecto, ningún Estado de excepción puede ser establecido sin iniciativa y voluntad presidencial, como lo establece el artículo 40 de la Constitución.

En los casos del Estado de Asamblea, de emergencia y de Catástrofe, el presidente de la República sólo puede establecerlos con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional.<sup>280</sup>

De esta manera, en relación a la Carta de 1925, el presidente de la República tiene un control inter órgano que limita su poder en la materia, ya que la denegación del acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, impide al presidente el establecimiento del respectivo Estado de excepción constitucional.

Por otra parte, es posible considerar la hipótesis que el presidente de la República con el voto de los miembros uniformados que integran el Consejo de Seguridad Nacional puede decretar los respectivos estados de excepción, contra la voluntad del presidente del Senado que representa al Congreso Nacional y del presidente de la Corte Suprema de Justicia, que consideren que no existen las situaciones de hecho suficientes para establecer el respectivo Estado de excepción.

Sólo en caso del Estado de sitio, el artículo 40, núm. 2 establece que el presidente de la República requiere del acuerdo del Congreso Nacional. Sin embargo, el presidente de la República, podrá decretar de inme-

<sup>280</sup> El Consejo de Seguridad Nacional, de acuerdo al artículo 95 de la Constitución, está integrado por el presidente de la República que lo preside, el presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el contralor general de la República, los comandantes en jefes del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y el general director de carabineros, como miembros plenos con derecho a voto.

diato el Estado de sitio con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional mientras el Congreso se pronuncia dentro del plazo de diez días, aceptando o rechazando la proposición sin hacerle modificaciones. Si el Congreso no se pronuncia dentro del plazo de diez días se produce una aprobación ficta del Estado de sitio.

El artículo 40 de la Constitución en su numeral 5o., señala que el presidente de la República podrá decretar simultáneamente dos o más estados de excepción si concurren las causales que permiten su declaración. Asimismo, el numeral 6o., señala que “El presidente de la República podrá en cualquier tiempo poner término a dichos estados”.

Nos parece que la intervención del Congreso Nacional dando su acuerdo a los estados de excepción constitucional es una garantía para evitar la tentación del abuso de poder del Ejecutivo en la materia. A su vez, el derecho comparado latinoamericano establece diversos casos en que es necesario el acuerdo del Congreso Nacional, para su establecimiento o su conocimiento para que lo ratifique o levante (Argentina, artículos 67b, núm. 26 y 86, núm. 19; Brasil, artículos 136 y 137; Perú, artículo 137.2; Uruguay, artículo 168, núm. 17; Paraguay, artículo 288; Venezuela, artículo 242; Costa Rica, artículo 121, núm. 7; República Dominicana, artículo 37, núm. 7; El Salvador, artículo 130, núm. 27; Guatemala, artículo 138; Honduras, artículo 187). Si no se cumple con tales requisitos se habilita la intervención de la jurisdicción ordinaria o constitucional respectiva para declarar la inconstitucionalidad del Estado de excepción y de las medidas adoptadas al respecto por el Ejecutivo. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, de acuerdo al artículo 215.6, decide sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos del gobierno.

La tendencia marcada en la Carta de 1980 es eliminar el control previo del Congreso, que existía en la Carta de 1925, al menos respecto del Estado de sitio, aunque se establece un control del Consejo de Seguridad Nacional. El único caso de intervención del Congreso Nacional como control *a posteriori*, es en el caso del Estado de sitio, sin que ello pueda cuestionar la eficacia de las decisiones ya adoptadas antes de la decisión del Congreso, ya que ésta no produce efecto retroactivo.

Nos parece conveniente que en todos los casos sea el Congreso Nacional y no el Consejo de Seguridad Nacional, el que dé el acuerdo al presidente de la República para establecer los estados de excepción constitucional, o al menos el Congreso debería ejercer un control *a posteriori*, que son las modalidades más usadas en el derecho comparado latinoame-

ricano, pudiendo dejar sin efecto el Estado de excepción decretado por el Ejecutivo, todo lo cual debería concretarse por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, lo que en el ordenamiento constitucional vigente chileno, sólo se da en el caso del Estado de sitio.

c) *Contenido de las facultades extraordinarias que pueden utilizarse, bajo los estados de excepción constitucionales*

Contenido de las facultades extraordinarias bajo la Carta de 1925

Bajo el imperio de la Constitución de 1925, el artículo 44 señalaba que sólo por ley de facultades extraordinarias se puede restringir la libertad personal o restringir el ejercicio del derecho de reunión y sólo por periodos que no podían exceder de seis meses.

A su vez, los incisos 3 y 4 del artículo 72, núm. 17 autorizaban al presidente de la República por la declaración del Estado de sitio, para trasladar personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Las medidas tomadas bajo el Estado de sitio, no podían tener más duración que la del mismo Estado de excepción constitucional.

Por la declaración de zona de emergencia, además de aplicarse las disposiciones del artículo 44, núm. 13 y del artículo 72, núm. 17, se podían adoptar, además, las medidas necesarias para mantener el secreto sobre obras y noticias de carácter militar.

El decreto con fuerza de ley núm. 34/2.245 publicado en el *Diario Oficial* del 27 de noviembre de 1942, establecía lo siguiente: su artículo 1o. señala que “se comprende por ‘zona de emergencia’ aquélla o aquellas partes del territorio nacional declarado tal por el presidente de la República en los casos de peligro de ataque exterior o de invasión, o de actos de sabotaje contra la seguridad nacional”.

Se establece también que el decreto que declara zona de emergencia se dictar por el ministerio de defensa nacional, previo informe del Consejo Superior de Defensa Nacional, y deber ser refrendado por el Ministerio del Interior.

El artículo 2o. del DFL, núm. 34/2.245, dispone que:

por el hecho de declararse zona de emergencia una o más subdelegaciones quedan éstas bajo la dependencia inmediata del jefe militar o naval de la

División o Apostadero correspondiente, quien asume el mando militar administrativo con los deberes y atribuciones que fija el presente Reglamento...

Entre las facultades que corresponden al jefe militar de la zona de emergencia, según establece en el artículo 3o., señalaremos: *a)* asumir el mando de las fuerzas militares, navales aéreas, de carabineros y otras que se encuentren o lleguen a la zona de emergencia; *b)* dictar las medidas para mantener el secreto sobre existencia o construcción de obras militares; *c)* prohibir la divulgación de noticias de carácter militar, estableciendo la censura de prensa, telegráfica y radiotelegráfica, que estime necesario; *d)* controlar la entrada o salida de la zona de emergencia y el tránsito en ella y someter a la vigilancia de la autoridad, a las personas que considere peligrosas; *e)* hacer uso de los locales fiscales o particulares que sean necesarios para la Zona de Emergencia; *f)* disponer la evacuación total o parcial de los barrios, poblaciones o zonas que estime necesarios para la defensa de la población civil y para el mejor éxito de las operaciones militares; *g)* publicar bandos en los cuales se reglamenten los servicios a su cargo y las normas a que debe ceñirse la población civil.

Prescribe el artículo 4o. del DFL, núm. 34/2.245 que declarada la zona de emergencia, y nombrado el jefe militar, cuando haya que operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes organizadas, empezarán a funcionar los tribunales militares establecidos para tiempo de guerra.

Finalmente, el artículo 5o. establece que:

cuando el presidente de la República lo ordene por decreto supremo, los jefes de zona de emergencia podrán imponer todas o algunas de las restricciones establecidas en el núm. 13 del artículo 44 de la Constitución Política y en la extensión que fueren necesarias.

Podrán también solicitar al presidente de la República la dictación del decreto correspondiente para trasladar personas de un departamento a otro y para arrestarlas en su propia casa y en lugares que no sean cárceles, ni están destinados a la detención o prisión de reos comunes.

#### *a.* Contenido de las Facultades Extraordinarias bajo la Carta de 1980

El artículo 39 de la Carta de 1980, de acuerdo al texto reformado en 1989 establece que “el ejercicio de los derechos y garantías que la Cons-

titudinación asegura a todos las personas sólo puede ser afectado” en las situaciones de excepción.

La sola declaración del Estado de excepción no cambia el régimen constitucional que ha de regir el comportamiento de los órganos que ejercen los poderes públicos, sino que dicho régimen sólo puede cambiarse si el presidente de la República, además restringe o suspende el ejercicio de derechos constitucionales, con los límites impuestos por la Constitución.

La restricción o suspensión del ejercicio de ciertos derechos en los estados de excepción no implica que se “suspende” el Estado de derecho, sino que sólo algunos aspectos del sistema normativo pueden sufrir algunas alteraciones temporales, en la medida de lo necesario, y exclusivamente en relación con las materias establecidas por la Constitución, lo que no puede implicar arbitrariedad o ausencia de legalidad.

Los derechos son entendidos en el texto constitucional como las facultades o prerrogativas reconocidas a las personas, los derechos que se consideran inherentes al hombre en su calidad de persona se denominan derechos humanos o derechos de la persona.

El tratadista Bidart Campos define las garantías como instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivos el goce de los derechos.<sup>281</sup>

A su vez, el profesor español Francisco Fernández Segado nos señala que entre los derechos y garantías existe una diferencia formal mientras aquéllos importan el reconocimiento de atributos de orden político o jurídico que la persona tiene, las garantías son normas positivas que aseguran o protegen un derecho determinado.<sup>282</sup>

Así, de acuerdo al artículo 39 de la Constitución, se pueden afectar en situaciones de excepción “el ejercicio de los derechos y las garantías”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido al tema señalando lo siguiente:

Debe subrayarse que, según la propia Convención (artículo 29.2), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella.

281 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Argentina, Editorial Ediar, 1986, t. I, p. 211.

282 Fernández Segado, Francisco, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, España, 1983, núm. 18-19, p. 36.

En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los estados (artículo 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (artículos 16.23 y 29.a y 30). Se trata de una distinción importante “ (OC-núm. 6/86, párrafo 14).

En nuestro ordenamiento jurídico no cabe la afectación o la suspensión de “derechos”, como establecía el texto original de la Carta de 1980, ya que los derechos son inherentes a la persona humana, ni tampoco pueden afectarse en sentido absoluto las garantías, porque se impediría el control judicial de acuerdo con la tesis desarrollada por la Carta Interamericana de Derechos Humanos, lo único que puede suspenderse sería “el pleno y efectivo ejercicio” de los derechos.<sup>283</sup> De tal manera que lo único posible es una restricción temporal en el ejercicio de los derechos de la persona o derechos humanos.

Como señala el artículo 41 de la Constitución, se establece taxativamente el ejercicio de los derechos que pueden ser afectados en cada Estado de excepción, no pudiendo afectarse otros que los que allí se encuentran señalados y en el grado que el propio texto constitucional señala.

#### *b. Estado de Asamblea*

Así, por el Estado de asamblea, el presidente de la República queda facultado para suspender o restringir el ejercicio de la libertad personal, el derecho a reunión, la libertad de información y de opinión y la libertad de trabajo. Podrá, también restringir el ejercicio del derecho de asociación y de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Estado de Asamblea puede decretarse para todo el territorio nacional o sólo para una parte de él.

En lo que atañe a los derechos que se pueden afectar, hay que distinguir: entre aquellos que el constituyente autoriza suspender o restringir su ejercicio, de los que sólo pueden ser restringidos en su ejercicio.

<sup>283</sup> Véase la opinión consultiva OC8/87 del 30 de enero de 1987, adoptada por comunidad.

La Ley orgánica constitucional definió lo que debe entenderse por “suspensión” y “restricción” del ejercicio de un derecho. Al efecto puntualiza, con una terminología inapropiada:

Entiéndase que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional.

Asimismo, entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un Estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma (artículo 12).

Se pueden suspender o restringir: 1) la libertad personal; 2) el derecho a reunión; 3) la libertad de información y de opinión, y 4) la libertad de trabajo.

Sólo pueden restringirse: 1) el derecho de asociarse y de sindicalización; 2) imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones; 3) disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.<sup>284</sup>

284 Las requisiciones no son otra cosa que préstamos, aunque impuestos por vía de autoridad, destinados a satisfacer necesidades urgentes de un servicio público, que por lo mismo de tener tal carácter, llevan consigo la obligación de restituir las especies o bienes que por su medio se obtienen o a la de pagar su valor.

Se entenderá limitado el derecho de propiedad cuando se impongan restricciones al ejercicio de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (usar, gozar, disponer de ella).

En este caso, se autoriza de modo especial a la autoridad administrativa para afectar la garantía del derecho de propiedad, puesto que las limitaciones y obligaciones al dominio sólo puede establecerlas el legislador.

“En los casos en que se dispusieren requisiciones de bienes o establecieren limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, que importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño, habrá un lugar a la indemnización de perjuicio en contra del Fisco, siempre que los mismos sean directos. La interposición de dicha acción no suspenderá, en caso alguno, la respectiva medida”.

“La autoridad al hacer una requisición practicará un inventario detallado de los bienes, dejando constancia del estado en que se encuentren”.

“En el caso de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad, bastará que la autoridad notifique al afectado...”.

“El monto de la indemnización y su forma de pago serán determinados de común acuerdo entre la autoridad que ordenó la requisición y el afectado por la medida...”.

“A falta de acuerdo, el afectado podrá recurrir, dentro del plazo de 30 días, ante el juez civil competente...”.

“Incidentalmente, se fijará el monto definitivo de la indemnización que corresponda, la que deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado”.

“La acción indemnizatoria prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de término del Estado de excepción”.

Se entiende suspendido el ejercicio del derecho a la libertad personal, al decretarse el arresto de una persona en su casa o en lugares que no sean cárceles ni en otras que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. En tanto, habrá sólo restricción, cuando se disponga su traslado de un punto a otro del territorio nacional; o al decretarse su expulsión o prohibirse su ingreso o salida de él;<sup>285</sup> o cuando se establezcan medidas que restrinjan la circulación de las personas: toque de queda.

El derecho a vivir en el propio país ha sido considerado por la Comisión Americana de Derechos Humanos de la OEA un “derecho absoluto” y un “atributo de la personalidad”, de allí que de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, su vulneración constituye una violación de tales derechos. Tal como lo determinó la Comisión en su informe sobre Chile de 1985, p. 142, párrafo 5.

Consideramos que tal derecho tiene primacía sobre el artículo 41 de la Constitución y es de obligatoria aplicación para los tribunales de justicia y todo otro órgano del Estado, aplicarse preferentemente frente a la facultad presidencial de expulsar nacionales fuera del país, aplicando los principios hermenéuticos de aplicación de la norma que mejor favorece el respeto y garantía de los derechos (principio favor libertatis o pro cives).

La medida de traslado de una persona de un punto a otro del territorio nacional deber cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que determine la ley.<sup>286</sup>

En ningún caso las medidas de restricción y privación de la libertad podrán adoptarse en contra de los parlamentarios, de los jueces, de los miembros del Tribunal Constitucional, del contralor general de la Repú-

“Las expensas de conservación y aprovechamiento de los bienes requisados o que fueren objeto de alguna limitación del dominio serán siempre de cargo fiscal” (artículos 17-21).

285 La medida de expulsión del territorio nacional y la de prohibición de ingreso o salida de él, tienen que ser siempre decretadas respecto de personas determinadas, no están autorizadas, genéricamente, expulsiones y prohibiciones masivas.

286 Se entiende por localidad urbana aquella que se encuentre dentro del radio urbano en que tenga su asiento una municipalidad (artículo 16). Con ello, se procura evitar que la medida de traslado signifique un rigor adicional ajeno a la finalidad misma de la medida, lo que podría ocurrir en el evento de utilizarse localidades que se encuentren a gran altura, que tengan un clima francamente inhóspito, o que ofrezcan condiciones de vida resueltamente inferiores a las que constituyen el promedio de una ciudad o pueblo común del país.

blica y de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones. El propósito es protegerlos en el libre ejercicio de sus funciones.

Declarado el Estado de asamblea las facultades conferidas al presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los comandantes en jefe de las unidades de las Fuerzas Armadas que él designe, con excepción de las de prohibir el ingreso al país a determinadas personas o de expulsarlas del territorio (artículo 29).

El presidente de la República delegar las facultades que le correspondan mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón (artículo 9o.).

Al igual que para los restantes estados de excepción, las atribuciones del presidente de la República podrán ejercerse mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón, firmado por el ministro del interior bajo la fórmula: "Por orden del presidente de la República". Sin embargo, tratándose de las atribuciones correspondientes al Estado de Asamblea se requerirá, además, la firma del ministro de defensa (artículo 9o.).

Si las medidas que se adopten no tienen una duración determinada, no podrán prolongarse más allá de la vigencia del respectivo régimen de excepción. Respecto de la medida de expulsión del territorio de la República o de prohibición de ingreso a él, la persona afectada tiene siempre la posibilidad de solicitar su reconsideración y la autoridad dejarla sin efecto cuando lo estime conveniente. Consideramos que la facultad de expulsar nacionales del territorio nacional entra en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos y debe ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico.

### c. Estado de sitio

El artículo 41 en su redacción original disponía:

2o. Por la declaración de Estado de sitio el presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que nos sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes y, expulsarlas del territorio nacional. Podrá, además restringir la libertad de locomoción y prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Asimismo, podrá suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, restringir el ejercicio de los

derechos de asociación y de sindicación e imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

La medida de traslado deberá cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que la ley determine.

La reforma constitucional de 1989 se reemplazó el artículo 41, núm. 2 por la siguiente norma:

2o. Por la declaración de Estado de sitio, el presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y restringir el ejercicio de las libertades de locomoción, de información y de opinión.

La medida de traslado deber cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que la ley determine.

Se eliminó la facultad de expulsar del territorio nacional y la prohibición de entrada o salida del territorio nacional. Sólo puede restringir la libertad de información y de opinión, no pudiendo suspenderla como establecía el texto originario, asimismo se elimina la posibilidad de restringir los derechos de asociación y sindicación, como también la de imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

El texto quedó razonablemente proporcionado entre la situación de excepción que puede atravesar el país y las medidas que está facultado el gobierno a adoptar.

Nos parece, en todo caso, necesario, establecer expresamente en la Constitución que en caso de ser decretado un Estado de excepción constitucional por causa de guerra externa (Estado de Asamblea) o de guerra interna (Estado de sitio), al bando enemigo debe aplicársele el derecho humanitario internacional. No es posible ni razonable que en el futuro se vuelvan a producir situaciones ocurridas durante el régimen militar, de la existencia de guerra para ciertos efectos y no para otros. Si existe guerra externa o interna, debe ponerse en práctica inmediatamente los convenios de Ginebra y sus protocolos, los que forman parte de nuestro derecho, de acuerdo al artículo 5o., inciso 2 de la Constitución.

#### d. El Estado de emergencia

Durante el Estado de emergencia, el texto primitivo de la Carta de 1980, de acuerdo al artículo 41, núm. 4, señalaba que se podían adoptar “todas las medidas propias del Estado de sitio, con excepción del arresto de las personas, de su traslado de un punto a otro del territorio, de la expulsión del país y de la restricción del ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación. En cuanto a la libertad de información y de opinión, sólo podrán restringirse.

La reforma constitucional de 1989, modificó tal disposición, quedando la actual redacción del artículo 4o., núm. 4, que es la siguiente: “Por la declaración de Estado de emergencia, se podrá restringir el ejercicio de la libertad de locomoción y del derecho de reunión”.

De esta forma, se eliminan la suspensión o restricción del ejercicio del derecho de libertad de información y de opinión, el imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

Durante la vigencia del Estado de emergencia las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que el gobierno designe.<sup>287</sup>

#### e. Estado de catástrofe

Por medio de este Estado de excepción constitucional el presidente de la República puede:

<sup>287</sup> De acuerdo a la ley, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- 1) Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y del Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en Estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho Estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades colocadas bajo su jurisdicción.
- 2) Dictar normas tendentes a evitar la divulgación de antecedentes de carácter militar.
- 3) Autorizar la celebración de reuniones en lugares de uso público, cuando corresponda, y velar porque tales reuniones no alteren el orden interno.
- 4) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en Estado de emergencia y el tránsito en ella.
- 5) Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros.
- 6) Impartir todas las instrucciones para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona y,
- 7) Las demás que la ley le otorguen las leyes en su calidad de tal (artículo 5o.).

restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías, y las libertades de trabajo, de información y de opinión, y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias.

Declarado el Estado de catástrofe las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que el gobierno designe, quien asumirá el mando con las atribuciones y deberes que la ley señale.<sup>288</sup>

El ejercicio de las atribuciones y las limitaciones del derecho convencional internacional.

Estas atribuciones que pueden ser ejercidas por el gobierno, una vez decretados los estados de excepción constitucionales, deben estar enmarcados dentro del derecho internacional de los derechos humanos vigentes. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su

288 Ésta precisa que tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- “1. Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de orden y seguridad pública que se encuentren en la zona declarada en Estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precavar el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho Estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción.
- 2) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en Estado de emergencia y el tránsito por ella.
- 3) Dictar medidas para la protección de la zona declarada en Estado de emergencia y el tránsito por ella.
- 4) Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población de la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes.
- 5) Determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada.
- 6) Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público.
- 7) Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública.
- 8) Difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población.
- 9) Dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona, y
- 10) Las demás que le otorgan las leyes en su calidad de tal.

artículo 5.1, luego de referirse a las restricciones durante los estados de excepción, agrega:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a las destrucción de cualquiera de los derechos y libertadaes reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la previsión en él.

A su vez, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 29.1 establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los estados partes, grupos o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes que cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Estos criterios y principios serán considerados por el control internacional en materia de estados de excepción, que es un control represivo, el cual reconoce un cierto “margen de apreciación” al Estado afectado, como fue desarrollado por la Corte Europea en el caso de Chipre.

Este “margen de apreciación” fue retomado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso, “Irlanda contra el Reino Unido”, la cual determinó el siguiente criterio:

Incumbe en primer lugar a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar, si un peligro público la amenaza y en caso afirmativo, hasta dónde es preciso ir para intentar disipar dicho peligro. En contacto directo y constante con las realidades presentes del momento, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el

juez internacional para pronunciarse sobre la presencia del parecido peligro así como de la naturaleza y extensión de las derogaciones para conjugarlo. El artículo 15.1 les deja en la materia un amplio margen de apreciación. Sin embargo, los Estados no gozan de un poder ilimitado en este dominio. El Tribunal es competente para decidir si los estados se han excedido en la estricta medida de las exigencias de la crisis (sentencia Lawless). Por consiguiente, el margen nacional de apreciación se acompaña del control europeo.<sup>289</sup>

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva núm. 6, señaló que estando suspendidas las garantías:

...algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derechos son inseparables (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así, las medidas adoptadas de restricción del ejercicio de derechos en los estados de excepción, tienen como única y auténtica finalidad, la defensa de la democracia del Estado de derecho y de los derechos humanos.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. 8, determinó que tampoco:

...pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidas, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prologasen más allá de sus límites temporales, si fueran suficientemente irracionales, innecesarias o desproporcionadas o si para adoptarlas se hubiese incurrido en desviación o abuso de poderes.<sup>290</sup>

Consideraciones sobre las atribuciones de los jefes de Defensa Nacional en los estados de excepción constitucional.

289 *Cit. en Zovatto, Daniel, Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Venezuela, Editorial Jurídica, 1990, p. 82.

290 Opinión consultiva 8/87, párrafo 39.

La ley orgánica constitucional faculta al presidente de la República para delegar, total o parcialmente, las facultades que la Constitución le confiere en los jefes de la Defensa Nacional que él designe (artículo 6o.).

Todas las atribuciones que el presidente de la República hubiere delegado, bajo cualquier Estado de excepción, en las autoridades que señala la ley deberán ser ejercidas dentro de la respectiva jurisdicción, mediante la dictación de resoluciones, órdenes o instrucciones exentas del tránsito de toma de razón.

La ley orgánica autoriza, además, a los comandantes en jefe o jefes de la Defensa Nacional a dictar bandos que estimen convenientes. Precizando, en cuanto a la publicidad, que todas las medidas que se adopten deberán ser difundidas o comunicadas en la forma que la autoridad determine (artículos 10 y 11).

Duración de los estados de excepción y de las medidas adoptadas durante su vigencia.

La Carta de 1980 establece plazos de duración sólo en dos de los estados de excepción constitucionales, mientras en otros dos nada señala.

En efecto, el Estado de sitio y el Estado de emergencia pueden ser establecidos por un plazo máximo de 90 días.

En el caso del Estado de sitio, el presidente de la República puede solicitar su prórroga, la que debe tramitarse de la misma manera que su establecimiento, según dispone el artículo 40, ním. 2 de la Constitución. La misma norma faculta al Congreso, en cualquier tiempo y por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio de cada Cámara, para dejar sin efecto el Estado de sitio que hubiera aprobado. Consideramos que esta facultad la tiene el Congreso en los mismos términos durante la prórroga del Estado de sitio.

En el caso del Estado de emergencia, el plazo máximo de 90 días que dura el Estado de excepción, no puede prorrogarse sólo puede dictarse de nuevo si se mantienen las circunstancias del Estado de excepción.

La diferencia entre prórroga y la nueva declaración no es meramente formal, ya que en el caso de prórroga se mantienen vigentes las medidas ya adoptadas durante el lapso de vigencia del Estado de excepción; en el caso de la nueva declaración, la que determina el término del Estado de excepción anterior y todas las medidas adoptadas durante su vigencia, obliga a establecer nuevamente las medidas necesarias que autoriza el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, debe tenerse presente el artículo 41, núm. 7 de la Constitución, producto de la ley de reforma constitucional núm. 18.825, publicada en el *Diario Oficial* del 2 de agosto de 1989, el que establece en forma clara y categórica que “las medidas que se adopten durante los Estados de excepción no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados”.

Ello constituyó una garantía muy significativa frente al artículo 41, núm. 7 original de la Carta de 1980, que vulneraba abiertamente el derecho internacional de los derechos humanos:

7o. Las medidas que se adopten durante los estados de excepción, que no tenga una duración determinada, no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados y sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el núm. 3 de este artículo. No obstante, las medidas de expulsión del territorio de la República y de prohibición de ingreso al país, que se autorizan en los números precedentes, mantendrán su vigencia pese a la cesación del Estado de excepción que les dio origen en tanto la autoridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto.

Estas medidas de expulsión y de impedir el ingreso de nacionales al territorio nacional fue una práctica corriente del régimen autoritario militar. En algunos casos, ciertas señales de Corte de Apelaciones se esforzaron por realizar una interpretación jurídica en los casos que conocieron que privilegiara sus atribuciones en materia de protección de derechos humanos, mientras la Corte Suprema sistemáticamente realizaba una interpretación mecánica y literalista de la normativa vigente, lo que justificó la modificación constitucional antes señalada.

En los casos del Estado de Asamblea y de Catástrofe la Constitución no señala plazo alguno.

Es de la esencia de los estados de excepción constitucionales su carácter eminentemente excepcional, no pudiendo en un Estado de derecho constitucional, constituirse en el sistema normal de regulación de la sociedad. La temporalidad es de la esencia del Estado de excepción, debiendo actuar durante el menor lapso posible, para así restituir con la mayor celeridad el goce normal de los derechos de las personas.

En tal sentido, debe tenerse presente que este principio de temporalidad expresamente está establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, lo que establece que las medidas pueden ser adop-

tadas “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”, lo que obliga a los órganos del Estado realizar una evaluación continua de las exigencias de la situación, y apenas ellas lo permitan dejar sin efecto el Estado de excepción y las medidas restrictivas del ejercicio de los derechos de parte de las personas de dicha sociedad, principio que está recogido por el núm. 48 de los principios de siracusa.

Respecto del control de la temporalidad de los estados de excepción, parece necesario establecer la facultad del Congreso Nacional para que, además del caso del Estado de Sitio, pueda poner fin a los otros tres estados de excepción si la evaluación de la situación concreta así lo amerita. No nos parece que exista ninguna razón para otorgarle esta atribución respecto del Estado de sitio y negársela en los otros estados de excepción constitucional.

Además de ello, otro control efectivo es el control internacional que considera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su protocolo facultativo, de los cuales el Estado de Chile es parte.

Es así que el artículo 43 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina:

Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deber informar inmediatamente a los demás estados partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

La Convención Interamericana trata de la materia en los mismos términos, en el artículo 27.3, la única modificación es que la comunicación debe realizarse por el conducto del secretario general de la OEA.

Para que el objetivo del control internacional se cumpla a cabalidad, los principios de siracura especifican los requisitos que deben ser cumplidos en estas notificaciones, en sus números 45 y 46:

45. La notificación contendr suficiente información para que los estados partes pueden ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto. En particular incluir:

- a) Las disposiciones del Pacto que han sido derogadas.

b) Un ejemplar de la proclamación del Estado de excepción junto con las disposiciones constitucionales, la legislación o los decretos que rijan el Estado de excepción para ayudar a los estados partes a comprender el alcance de la derogación.

c) La fecha efectiva de la imposición del Estado de excepción y el periodo por el que ha sido proclamado.

d) Una explicación de los motivos que indujeron al gobierno a adoptar la decisión de derogar las disposiciones, con una breve descripción de las circunstancias que llevaron a la proclamación del estado de excepción.

e) Una breve disposición del efecto previsto de las medidas de derogación sobre los derechos reconocidos por el Pacto, con copia de los decretos proclamados antes de la notificación por los que se suspenden esos derechos.

46. Es posible que los estados partes pidan que se les facilite más información por medio del secretario general para poder cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto.

Este requisito de notificación no sólo debe concretarse cuando se establece o se pone término a los estados de excepción constitucional, sino también cuando éstos se renuevan o prorrogan.

En el caso chileno, esta obligación fue sistemáticamente vulnerada por el régimen autoritario militar.

#### *D. La existencia de controles eficaces para reclamar de los actos ejecutados durante los estados de excepción constitucional*

La Constitución de 1980 en el artículo 41, núm. 3, original, establecía que el recurso o acción de amparo (*habeas corpus*) no era procedente en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley.

Asimismo, señalaba que el recurso de protección (amparo en el lenguaje internacional americano) no procedería en los Estados de Excepción respecto “de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse”.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 41, núm. 3 establecía que: “en los casos de incisos anteriores, los tribunales de justicia no podrán,

en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades”.

La norma del artículo 41, núm. 3 señala lo siguiente:

3. Los recursos a que se refiere el artículo 21 no serán procedentes en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la ley autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley.

El recurso de protección no proceder en los estados de excepción respecto de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rijan dichos estados, han podido suspenderse o restringirse.

En los casos de los incisos anteriores, los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades.

En esta materia, durante la vigencia de dicha disposición, en el ámbito jurisdiccional se dieron nuevamente dos criterios interpretativos, aquél que se esforzaba por ejercer las facultades conservadoras de los derechos humanos en los recursos de amparo, mientras la Corte Suprema realizaba una interpretación mecánica y literalista.

Como ejemplo de ambas posiciones incluimos en anexo un recurso de amparo fallado por una sala de la Corte de Apelaciones y luego la sentencia de la Corte Suprema recaída sobre el mismo caso.

Estas disposiciones constitucionales vulneraban la Convención Americana de Derechos Humanos según la doctrina emanada de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, la opinión Consultiva núm. 8 de 1987 señaló:

que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva núm. 8, nos señala lo siguiente:

37. Una pregunta adicional que cabe hacerse más allá de la consideración del *habeas corpus* como una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión según el artículo 27.2 es si tal procedimiento puede subsistir al mismo tiempo como medio de asegurar la libertad individual, aún bajo estado de excepción, a pesar de que el artículo 7o. no está entre aquellos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales.

38. Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el Estado de excepción, aun dentro de la situación de anormalidad jurídica vigente.

39. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede agotarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionales, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

40. Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de derecho, el ejercicio del control de la legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el *habeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental.

42. Los razonamientos anteriores llevan a conclusión de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

43. Por otra parte, debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los estados partes que autoricen, explícita e implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos estados impone la Convención.<sup>291</sup>

291 OC-8/87. *El habeas corpus bajo la suspensión de garantías*, párrafos 17-43.

En lo que se refiere al recurso de protección (amparo en la terminología latinoamericana y de la Corte Interamericana), debe cubrir de acuerdo al artículo 25.1 de la Convención Interamericana todos los derechos reconocidos por las Constituciones y leyes de los estados partes y por la propia convención.

Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que:

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tiene lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No obstante no puede considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

Estas conclusiones son válidas en situación de normalidad y aplicables, igualmente, a los estados de emergencia en lo que se refiere a los derechos no suspendidos o no susceptibles de suspensión.<sup>292</sup>

A su vez, la misma Corte ya había sostenido en la opinión consultiva núm. 8, que:

1. ...que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática, y

2. ...que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergen-

292 OC-9/87 y sentencia “casos Velsquez Rodríguez, Farrien Garbi, Solís Corrales y Godínez Cruz, del 26 de junio de 1987, párrafos 90-92.

cia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos estados impone la Convención.<sup>293</sup>

Llegando la Corte, por unanimidad a la opinión de que “los procedimientos judiciales consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”.

Finalmente, la Corte en su opinión consultiva núm. 9 llegó por unanimidad, a la siguiente opinión:

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (artículo 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25.1), destinado a garantizar el respeto y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29.c) previstas en el derecho interno de los estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya suspensión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8o. de la Convención.

A su vez, los Principios de Siracusa, refuerzan esta concepción de control interno, en los siguientes términos:

55. La Constitución nacional y las leyes que rigen los estados de excepción dispondrán una revisión pronta, periódica e independiente, por la legislación de dichas medidas de derogación.

56. Las personas que pretenden que las medidas de derogación que las afectan no son estrictamente necesarias en la situación de que se trate dispondrán de recursos efectivos.

293 OC-8/87, párrafos 42 y 43.

57. Para determinar si las medidas de derogación son estrictamente necesarias dadas las exigencias de la situación, no se podrá aceptar como concluyente el juicio de las autoridades nacionales.

El Estado nacional que opera en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos debe garantizar el funcionamiento expedito del control jurisdiccional a través de los recursos de Amparo (*habeas corpus*) y de protección (amparo).

De acuerdo a esta normativa obligatoria para el Estado de Chile, lo que se estaba infringiendo claramente por la normativa de la Carta de 1980 en el artículo 41, núm. 3 analizado, es que la reforma de 1989, modifica la disposición constitucional, quedando su redacción en los siguientes términos:

3. Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionalmente que le confiere esta Constitución. La interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los tribunales no suspenderán los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva respecto de tales recursos.

En nuestra opinión, el artículo 40., núm. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone la facultad de los tribunales de justicia de evaluar la necesidad, la proporcionalidad y temporalidad de las medidas.

Por tanto, habiendo necesidad de una medida ella sería violatoria de los derechos humanos y de las convenciones internacionales, si la medida fuera aplicada en forma excesiva o por tiempo excesivo.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso de Landivelli consideró:

“El decreto privativo de los derechos políticos es incompatible con el principio de necesidad, no sólo porque afectaba a un número grande de personas en condiciones muy disímiles, sino también porque las privaba de sus derechos políticos por un periodo de quince años” (Landivelli con Uruguay, párrafo 8.4).

Tal como lo expresa O'Donnell:

Esa decisión ilustra cómo el principio de temporalidad no sólo implica que el Estado de excepción debe cesar tan pronto como amenaza a la vida de la nación, o reducirse a dimensiones manejables por las medidas normales de defensa del orden público, sino que las medidas de excepción cuyas consecuencias trasciendan la duración del Estado de excepción también pueden ser violatorias del principio de proporcionalidad.<sup>294</sup>

A su vez, el mismo O'Donnell señala algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia. Así en el informe sobre Colombia, la Comisión condenó una ley por "incluir la tipificación de penas prolongadas incompatibles con la naturaleza excepcional que acredita. En el informe sobre Colombia, p. 219, párrafo 3. En el informe sobre Chile de 1985, comentando una disposición que autorizaba la cancelación de nacionalidad, advirtió la contradicción que significaba "aplicar una pena permanente sobre la base de un Estado de Excepción".<sup>295</sup>

Finalmente, otro elemento que debe ser evaluado en los estados de excepción constitucionales, de acuerdo al artículo 4, núm. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27, núm. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consiste en que las medidas que se adopten bajo Estados de Excepción no deben ser "incompatibles con las demás obligaciones que les impone a los estados el derecho internacional".

Estas normas impiden que el Estado adopte medidas que afectan otros derechos humanos sealados por otras convenciones o pactos internacionales que no sean susceptibles de suspenderse durante estados de excepción constitucional, entre ellos los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario, el Protocolo Adicional II de 1977, los Convenios de la OIT en materia de libertad sindical, discriminación en el empleo y el de trabajo forzoso, como también la Convención de 1951 sobre derecho de los refugiados.

A su vez, teniendo en cuenta que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas situaciones de excepción o de emergencia deben ser ajustadas a las exigencias de la situación, resulta claro que lo permisible, en algunas de

<sup>294</sup> O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de derechos humanos*, 2a. ed., Perú, Comisión Andina de Juristas, 1989.

<sup>295</sup> Informe sobre Chile, 1985.

ellas, podría no serlo en otras. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. 8 (OC-8/87), párrafo 22, precisa que:

la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas respecto de ellas.

Fundado en las consideraciones hechas anteriormente parece necesario establecer un control judicial de razonabilidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción constitucional.

El profesor Sagüès refiriéndose al control de razonabilidad que deben efectuar los tribunales de justicia sobre las medidas adoptadas por la administración durante los estados de excepción, sostiene que tal control consiste en la relación entre la garantía afectada y la situación causante del Estado de excepción específico y el análisis de la correlación del acto cuestionado, con los fines perseguidos por la declaración del Estado de excepción.<sup>296</sup> En otras palabras, deben existir relaciones de causalidad y proporcionalidad entre la situación que motiva por ejemplo una detención y los fines que sirvieron para declarar el Estado de excepción. Debe haber así una equivalencia entre el hecho antecedente de la declaración del Estado de excepción y el hecho consecuente del acto estatal teniendo en cuenta las circunstancias que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que se actúa, como señala Jorge Power Manchego-Muñoz.<sup>297</sup>

En esta perspectiva, parece conveniente considerar en la legislación que regule el recurso de amparo o *habeas corpus* o en la misma Constitución, el control de razonabilidad de las medidas que afectan derechos practicados durante los estados de excepción constitucionales. Ello se encuentra establecido en el derecho comparado, por ejemplo, en la ley 23.098 de Argentina de 1985, en su artículo 4o., el cual otorga también

296 Véase Sagüès, Néstor Pedro, "Control judicial de la Declaración de Estado de sitio y de los arrestos consecuentes", *Diario La Ley*, Buenos Aires, 23/12/1985; y "Nuevo Régimen del *habeas corpus*, ley 23098", *La Ley*, Argentina, t. 1985-B, p. 901.

297 Power Manchego-Muñoz, Jorge, *Continuación y estados de excepción*, Perú, 1990, pp. 252 y 253.

al juez la atribución para apreciar la legitimidad de la declaración del Estado de sitio en relación al caso concreto, lo que implica revisar los requisitos que la Constitución impone a la declaración del Estado de excepción, la adecuación a las causales establecidas, por la autoridad competente, la sujeción en materia de plazo, territorialidad, entre otros factores.

Una disposición similar debiera incorporarse en la Constitución Chilena, garantizando, la carta fundamental, el control de razonabilidad de las medidas adoptadas bajo estados de excepción que afecten derechos fundamentales de las personas.

#### *E. El derecho internacional de los derechos humanos y los estados de excepción constitucionales*

En el caso de nuestro país es necesario tener en consideración principalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ya que ambos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, en virtud del artículo 5o., inciso 2 de la Constitución chilena.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, establece en su artículo 4o., lo siguiente:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6o., 7o., 8o. (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que haya suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

A su vez, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4o. (derecho a la vida); 5o. (derecho a la integridad personal); 6o. (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9o. (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

A continuación se desarrollan los derechos que se encuentran protegidos por el artículo 4o., núm. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

#### Artículo 6o.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusar en modo alguno a los estados partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

#### Artículo 7o.

Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

#### Artículo 8o.

1. Nadie está sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

#### Artículo 11.

Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

#### Artículo 15.

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

#### Artículo 16.

Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

#### Artículo 18.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la

religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El texto de los derechos no sujetos a suspensión de la Convención Americana de Derechos, es el siguiente:

#### Artículo 4o.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecer la pena de muerte en los estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

#### Artículo 5o.

##### Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Tales penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6o.

Prohibición de la esclavitud y servidumbre.

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie deben ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.

c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenacen la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 9o.

Principio de legalidad y de retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

## Artículo 12.

### Libertad de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

## Artículo 17.

### Protección de la familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia y responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

## Artículo 18.

### Derecho al Nombre.

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

### Artículo 19.

#### Derechos del niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

### Artículo 20.

1. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privar arbitrariamente de su nacionalización ni del derecho a cambiarla.

### Artículo 23.

#### Derechos políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizables por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

## F. *Análisis comparativo de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en materia de estados de excepción*

Si se realiza un breve análisis comparativo entre el contenido del artículo 4o. de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es posible establecer las siguientes diferencias:

- 1) Respecto de las situaciones en que cabe suspensión o restricción de derechos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es más restrictivo en su artículo 4o. núm. 1 que la Convención Americana en su artículo 27, ya que el primero se refiere a “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, en

cambio, el artículo 27 en su párrafo 1 establece como causales de suspensión de derechos, los casos de “guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”.

- b) Si bien ambos pactos internacionales coinciden en que las medidas de los estados partes deben regirse por el requisito de proporcionalidad, al establecerse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”, la Convención Americana establece un requisito adicional de temporalidad al agregar “y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.
- c) Respecto de los derechos que no pueden ser suspendidos, el catálogo establecido por el artículo 27 de la Convención Americana es bastante más amplio que el consignado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 7o., núm. 2.

En efecto, además en los derechos no susceptibles de suspensión, la Convención Americana agrega el derecho a la protección de la familia, derecho al nombre, derecho del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos y derechos a que no sean suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Por otra parte, el derecho a no ser encarcelado por no poder cumplir una obligación contraída, contenido en el artículo 4.2 del Pacto Internacional, no figura en el artículo 27.2 de la Convención Americana.

Otra diferencia es que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 27, núm. 3 establece que el Estado parte que haya hecho uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente de “las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan producido la suspensión y de la fecha para que haya dado por terminada la suspensión”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4o., agrega además, lo relativo a la fecha en que se haya dado por terminada la suspensión debe ser objeto “de una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Ambos pactos internacionales son coincidentes en los siguientes puntos:

- a) En relación a las limitaciones, ambos pactos coinciden en que las medidas que adopte el Estado parte no deben ser “incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (artículos 4.1 del Pacto Internacional de Derechos y artículo 27.1 de la Convención Americana).
- b) Los dos pactos coinciden respecto del deber del Estado parte de informar inmediatamente a los demás estados partes en el respectivo pacto, por conducto del secretario general, sea éste de Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos, respecto de las disposiciones que han sido suspendidas en su aplicación, como los motivos que suscitaron tal suspensión.

Respecto de los estados de excepción y de la suspensión de derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación al artículo 27 de la Convención Americana, ha expresado:

El capítulo IV de la Convención trata de la suspensión de garantías afirmando en su artículo 27 que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones, que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención fijando ciertas limitaciones.

Es bien claro el texto del artículo 27 de la Convención que establece que, en todo caso, no se autoriza la suspensión de los derechos referentes al Reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derechos políticos; ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En cuanto a los otros derechos consagrados en la Convención, el mismo artículo 27 establece, además de los requisitos de fondo antes anota-

dos, ciertos requisitos formales para que un Estado pueda ejercer tal derecho a la suspensión.

Estos requisitos son:

- a) Informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido.
- b) Los motivos que hayan suscitado la suspensión.
- c) Informar de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.<sup>298</sup>

Los principios comunes que surgen del análisis comparativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la materia se pueden señalar los principios más frecuentemente citados por la doctrina. Una cierta sistematización de ellos fue desarrollada por Nicole Questiaux<sup>299</sup> y ha sido asumida por Gros Espiell, Piza y Zovatto<sup>300</sup> la que nos parece adecuada y que exponemos a continuación:

- a) *Principio de proclamación pública*: contenido en el artículo 4.1 del Pacto Internacional de las Naciones Unidas, pero ausente en el artículo 27 de la Convención Americana.
- b) *Principio de notificación*: expresamente previsto en el párrafo 3 del artículo 4o. del Pacto Internacional de las Naciones Unidas y en el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención Americana.
- c) *Principio de que debe tratarse de una situación excepcional*: contenido en el párrafo 1 del artículo 4o. del Pacto Internacional, párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana y párrafo

<sup>298</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diez años de actividades 1971-1981, Washington, D C, Secretaría General, OEA, 1982, p. 334.

<sup>299</sup> Nicole Questiaux, *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'Etat de siège ou d'exception*, documento D/NC, 4/sub.2/1982/15, del 27 de julio de 1982, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

<sup>300</sup> Gros Espiell, Héctor, Piza R., Rodolfo *et al.*, "Los estados de excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los derechos humanos en caso de disturbios internos, *Estados de emergencia en la región andina*, Lima, Edición Comisión Andina de Juristas, 1987, p. 42.

- 1 del artículo 15 de la Convención Europea. Puede pensarse que el día en que la Corte Interamericana llegue a estudiar un caso en que esta situación se plantee, llegar probablemente a igual criterio.
- d) *Principio de proporcionalidad*: previsto en el artículo 4.1 del Pacto Internacional y el artículo 27.1 de la Convención Americana. Este principio fue afirmado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el caso de Chile.
  - e) *Principio de temporalidad*: previsto expresamente en el artículo 27.1 de la Convención Americana. Puede considerarse que está implícito en el artículo 4.1 del Pacto Internacional.
  - f) *Principio de no discriminación*: expresamente regulado en el párrafo 1 del artículo 4o. del Pacto Internacional en el párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana.
  - g) *Principio de Intangibilidad*: (interdicción de suspensión de ciertos derechos fundamentales), aunque con variaciones respecto del catálogo de derecho que no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción, tanto el párrafo 2 del artículo 4o. del Pacto Internacional, como el artículo 27.2 de la Convención Americana y el párrafo segundo del artículo 15 de la Convención Europea, contienen una enumeración de los derechos que no pueden suspenderse en tales situaciones.

Teniendo en consideración los principios antes señalados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los estados de excepción constitucional, ha señalado lo siguiente:

Los conflictos político-sociales han determinado en algunos estados americanos la adopción de medidas tales como la declaración del “Estado de sitio o estado de guerra interna”, la aplicación de la ley marcial, y la adopción de medidas prontas de seguridad.

Cabe señalar que estados que han declarado un “estado de guerra interna” han negado a sus ciudadanos los beneficios mínimos que les garantizan las Convenciones de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, en su común artículo 3o., tornando su condición peor que la de un agresor extranjero en una guerra internacional. En muchos casos se ha extendido el fuero militar hasta comprender a los civiles y se ha abolido circunstancialmente y aún por largos periodos el recurso de *habeas corpus*. Son abundantes los casos en los cuales se denuncia el recurso a procedimiento de fuerza lesivos del

derecho a la integridad física, como medios para obtener declaraciones o confesiones.

La Comisión estima del caso recomendar que se dicte en todos los estados normas precisas de conformidad con lo que dispongan las disposiciones constitucionales en vigor, tendentes a impedir que las privaciones de libertad dispuestas en ejercicio de las facultades que las Constituciones suelen conceder para los casos de excepción, se extiendan más allá de lo absolutamente indispensable para el mantenimiento del orden institucional regularmente establecido.

Aún en los casos de excepción determinados por conmociones del orden público, se debe procurar reducir tanto como sea posible las limitaciones de los derechos fundamentales o las lesiones a tales derechos.

En estas circunstancias es evidente que las normas establecidas para tiempos de normalidad no pueden aplicarse sin graves riesgos para la conservación del orden público y la seguridad del Estado, pero como tantas veces lo ha dicho la Comisión, la aplicación de las normas de excepción previstas en las Constituciones y en las leyes de muchos estados, no puede ni debe tener por consecuencia la reiterada violación de derechos humanos fundamentales.

Es cierto que las Constituciones democráticas facultan la suspensión temporal de determinados derechos en periodos de guerra u otra emergencia grave, tal como la garantía contra la detención arbitraria por plazo determinado, en la medida estrictamente necesaria, en vista de las circunstancias, para la supervivencia de la nación o mantenimiento del orden público.

No es menos cierto que las convenciones y pactos, sobre protección internacional de los derechos humanos, contemplan idéntica facultad, bajo condiciones similares. Pero ninguna norma jurídica interna o internacional, justifica que las personas detenidas, mediante la simple invocación de esta facultad extraordinaria, sean mantenidas en prisión por tiempo indeterminado y prolongado, sin que se les formulen cargos por violación de la ley de seguridad nacional u otra ley penal y sin que se las someta a un juicio de manera que puedan ejercer el derecho a justicia y proceso regular.

Es usual que las Constituciones, sobre todo en los países de América Latina, establezcan o autoricen, para casos de grave peligro o de anomalía política o económica, un régimen de legalidad extraordinaria, transitorio en esencia, como el que en algunas partes se denomina Estado

de sitio, y en otras Estado de emergencia o de turbación del orden público, o de “medidas prontas de seguridad”, régimen que obedece primordialmente a la necesidad de investir al gobierno de todas aquellas facultades y poderes especiales que requiere, para enfrentar y superar con eficiencia y prontitud esas situaciones de peligro o anormalidad.

La institución —sobra decirlo— es en sí perfectamente legítima y subsiste a pesar de que, por deficiencias o anomalías o vicios de conformación, haya sido objeto en algunos países de críticas más o menos severas o de que se haya prestado a abusos que la desnaturalizan y desacreditan.

Lo que la Comisión sostiene en todo caso es que por ningún motivo puede admitirse que en los eventos de alteración del orden público y de vigencia de uno de estos regímenes transitorios, los derechos del individuo puedan quedar desprovistos de toda tutela legal, frente a la voluntad omnímoda o absolutista de las autoridades. Cree, por el contrario, que dentro de un régimen de Estado de sitio, adecuadamente estructurado, como es todo aquél que no alcanza a alterar en grado apreciable la independencia de los distintos órganos del Poder, el estatuto de los derechos humanos puede mantenerse básicamente incólume, al menos en lo que respecta a aquellos que se consideran fundamentales. Es decir que, dando plena aceptación a las medidas de cautela y seguridad impuestas por exigencias de la defensa o del bien público, siguen siendo inadmisibles las que entrañan abuso o negligencia y las que puedan con justicia ser calificadas de excesivas.

El mantenimiento indefinido del estado de sitio es uno de los artificios empleados para dar una supuesta legalidad, a la imposición de largas e indefinidas penas.

La Comisión reconoce que, en la defensa del orden público o de la seguridad del Estado, se justifican plenamente la atribución a ciertos órganos del gobierno central de poderes extraordinarios para ser ejercitados con el fin de preservar las instituciones democráticas o la integridad y soberanía del Estado por el periodo que dura la emergencia.

Sin embargo, en la práctica, muchas veces, dichos estados de emergencia han sido dictados sin que las circunstancias lo justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción quedan en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción las que sólo pueden

encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado.

Más grave aún es el establecimiento de estos estados de emergencia indefinidamente o por un prolongado periodo de tiempo, sobre todo cuando ellos conceden al jefe de Estado un cúmulo tan amplio de poderes, incluyendo la inhibición del Poder Judicial respecto de las medidas por él decretadas, lo que puede conducir, en ciertos casos, a la negación misma de la existencia del Estado de derecho.

En tal sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las restricciones materiales y formales que imponen los pactos internacionales constituyen una garantía esencial que debe ser respetada por los estados partes.

Asimismo, consideramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Europea de Derechos en el caso *Lawless* y en el caso Irlanda con Reino Unido, puede afirmar su competencia para asegurar y comprobar la existencia de los supuestos de hecho que justifican la adopción del Estado de excepción, como asimismo, considerar la relación entre la situación de hecho planteada y las medidas adoptadas, para mantener el requisito de proporcionalidad, sin perjuicio del reconocimiento del ámbito natural de poder de aplicación de las autoridades nacionales y el carácter de subsidiario que tiene el control internacional.

Así, queda sometido a control judicial internacional el ejercicio por las autoridades nacionales, de las facultades de los estados de excepción constitucionales y el compromiso de los estados partes en no afectar el ejercicio de los derechos no susceptibles de suspensión, los que constituyen *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional que existe con independencia de las obligaciones convencionales aceptadas por los estados y se impone imperativamente a toda la comunidad internacional y a los estados que la integran.

La existencia de un control internacional practicado en el ámbito interamericano por la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien es de carácter subsidiario, es de gran significación, ya que puede ejercerse para superar los vicios y defectos de la jurisdicción interna, especialmente agravadas en las situaciones de excepción.

Finalmente, cabe señalar que frente a los estados de excepción, especialmente en los casos de guerra interna o externa, además de las con-

venciones sobre derechos humanos, se deben aplicar las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional núm. II de 1977.

*G. Mecanismos aplicables al Estado de Chile como Estado parte del pacto internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo y de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*

Tales mecanismos son los siguientes:

- a) Mecanismos de comunicaciones (quejas) interestatales (artículo 41 del Pacto Internacional y artículo 45 de la Convención Americana).
- b) Mecanismos de comunicaciones (quejas) de individuos en contra de un Estado Parte (artículo 2o. del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional y artículo 44 de la Convención Americana).
- c) Mediante potestades generales de supervisión, a cargo de órganos cuya función es examinar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Pacto Internacional y artículos 27.3 y 41 de la Convención Americana.
- d) Mecanismos de control jurisdiccional en cuanto país que ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos del artículo 62 del Pacto de San José de Costa Rica.
- e) Mediante el procedimiento basado en la figura del relator especial para el tema de los estados de excepción (resolución 1985/27 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).
- f) Mediante procedimientos a cargo de organismos con competencia más general, como es el caso de la Comisión de Derechos Humanos, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, al igual que los de la Asamblea General de la OEA.

## H. Conclusiones

El ordenamiento constitucional chileno ha evolucionado, constitucionalizando un número significativo de estados de excepción constitucionales, mayor que el común de los países latinoamericanos.

Durante la vigencia de la carta fundamental de 1980 pueden distinguirse dos periodos claramente, el periodo 1981-1989 y el periodo 1990 hacia adelante, constituyendo el punto diferenciador la reforma constitucional de julio de 1989, que fortalece el respeto de los derechos humanos durante la vigencia de los estados de excepción, limitando los derechos que pueden ser afectados en su ejercicio, estableciendo que las medidas adoptadas durante los estados de excepción no pueden trascender el término del respectivo Estado de excepción y estableciendo con claridad la procedencia del *habeas corpus* o recurso de amparo en la denominación chilena, como del recurso de protección chileno que corresponde en el lenguaje latinoamericano al recurso o acción de amparo, como asimismo, el reconocimiento expreso de la incorporación automática del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, y el respeto y promoción de éste por todos los órganos del Estado.

Nos parece, asimismo, que el sistema institucional debiera reforzar el control parlamentario de los estados de excepción al dar su acuerdo o, al menos, dejándolos sin efecto cuando las condiciones lo ameriten, tal como la Constitución lo autoriza pero sólo para el Estado de sitio; es necesario establecer el control judicial de razonabilidad y proporcionalidad al analizar la constitucionalidad de tales estados o al conocer de los recursos de amparo o de protección, como también es necesario ampliar la acción o recurso de protección a todos los derechos fundamentales asegurados por el ordenamiento constitucional, todo lo que requiere de modificación constitucional del artículo 20 y del artículo 41, núm. 3 de la Constitución.

Es conveniente para evitar situaciones ocurridas en el pasado, que, declarados estados de excepción por causas de guerra exterior o guerra interna, se aplique inmediatamente el derecho humanitario internacional, lo que debe también quedar expresamente establecido a nivel constitucional.

Es conveniente para una adecuada armonización de las acciones de *habeas corpus* y de protección, con el derecho internacional de los derechos humanos, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico nacional, establecer leyes que regulen ambas acciones, superando de paso

las inconstitucionalidades que presenta el auto acordado de la Corte Suprema que regula el recurso de protección, las cuales deben considerar el control de razonabilidad de las medidas que afecten derechos humanos.

Es necesario eliminar del ordenamiento jurídico la atribución presidencial que permite expulsar a nacionales o prohibir su ingreso al país, durante el Estado de Asamblea.

Finalmente, deben ser eliminadas de la ley 12.927, las normas referentes a estados de excepción que puedan afectar derechos fundamentales.

La Constitución chilena establece un párrafo especial a los estados de excepción constitucionales (artículos 39-41 de la Constitución). La redacción de las normas constitucionales respectivas permiten concluir que no hay otros estados de excepción fuera de los que contempla la carta fundamental, por otra parte, sus normas operan por sí mismas, con excepción de los casos en que dichas normas quedan supeditadas en su aplicación a la dictación de la ley correspondiente.

La regulación de los estados de excepción puede hacerse por ley orgánica constitucional como señala el artículo 41, núm. 9 de la Constitución.

Las situaciones de excepción que son las causales que habilitan para establecer los estados de excepción constitucionales, están taxativamente señaladas en la carta fundamental, correspondiendo a cada uno de ellos un determinado Estado de excepción.

1. *Guerra externa*: Estado de Asamblea.
2. *Guerra interna o conmoción interior*: Estado de sitio.
3. *Grave alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo*: Estado de emergencia.
4. *Calamidad pública*: Estado de catástrofe.

El artículo 40, núm. 5 de la Constitución faculta al presidente de la República para decretar, simultáneamente, dos o más estados de excepción si concurren las causales que lo permiten. Asimismo, el artículo 40, núm. 6 habilita al presidente para dejar sin efecto los estados de excepción en cualquier tiempo.

El artículo 10. de la Ley Orgánica Constitucional de estados de excepción en armonía con el artículo 39 de la carta fundamental, establece que “los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados en las situaciones que ésta lo autoriza

y siempre que se encuentren en aplicación los estados de excepción que ella establece.

Respecto a los derechos fundamentales que pueden ser afectados en su ejercicio durante los estados de excepción, hay que distinguir entre los que la Constitución autoriza suspender el ejercicio, de aquellos en que sólo puede restringir su ejercicio.

Se entiende por suspensión cuando temporalmente se impida del todo su ejercicio durante la vigencia de un Estado de excepción constitucional. Se restringe, a su vez, el ejercicio de un derecho cuando, durante la vigencia de un Estado de excepción, se limita el ejercicio en el fondo o en la forma (artículo 12, LOC de estados de excepción).

Durante el Estado de Asamblea, pueden suspenderse o restringirse los derechos de libertad personal; derecho de reunión; libertad de opinión e información y libertad de trabajo. Sólo pueden restringirse, el derecho de asociación y sindicación; imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones; disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Durante el Estado de sitio, se puede suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión; se puede trasladar a personas de un punto a otro del territorio nacional, sólo a localidades urbanas; arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros destinados a la detención o prisión de reos comunes. Sólo puede restringirse el ejercicio de la libertad de locomoción y la libertad de opinión y de información.

Durante el Estado de emergencia, sólo puede restringirse la libertad de locomoción y el derecho de reunión.

Durante el Estado de catástrofe, el presidente de la República queda facultado para disponer la requisición de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; puede adoptar las medidas extraordinarias de carácter administrativo que considere necesarios.

Sólo puede restringir la circulación de personas y el transporte de mercaderías, como asimismo, restringir las libertades de trabajo, información, opinión y reunión.

Durante los estados de excepción Constitucionales de acuerdo al artículo 41, núm. 3 de la Constitución, pueden siempre interponerse las acciones de amparo y de protección. La única limitante que tienen en esta situación los tribunales es la de no poder “entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para adoptar las medidas en ejercicio de sus facultades”.

Las limitaciones al ejercicio de los derechos durante los Estados de excepción constitucional deben concretarse dentro de los límites establecidos por el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como asimismo por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los órganos constitucionales de ejercicio de la soberanía en los términos predeterminados por el constituyente ejercen las potestades que la carta fundamental les otorga de acuerdo con el artículo 50., inciso 1, el ejercicio de la soberanía o potestad estatal se realiza “por las autoridades que esta Constitución establezca”, a su vez, el artículo 60., inciso 1 determina que los “órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, y el artículo 70., inciso 1 y 2 precisa: “Los órganos del Estado actúan v lidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley”. “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraor-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sólo sealaremos algunos ejemplos al respecto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Constitución del Perú, en su artículo 56 estipula:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto es pertinente sealar algunos ejemplos en la materia.

La Constitución Chilena, en su artículo 5o., inciso 2, determina que “La soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Prevalencia de los Derechos Humanos.

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

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

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

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

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

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

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

La Constitución Ecuatoriana de 1998, artículo 17 precisa:

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

Asimismo, el artículo 18 prescribe:

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

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

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

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

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

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

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

La misma carta fundamental en su artículo 22, precisa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicha Corte ha sostenido:

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

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

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

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

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

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

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

351 *Ibidem*, pp. 323 y 324.

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

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

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

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

352 La ley, 1992-C-543.

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

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

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

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

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

Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los tribunales de la República deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 50. de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de los que provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta jurisprudencia se agrupa en materias diferentes.

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

El autor mencionado cita en su trabajo las siguientes sentencias:

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

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

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

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

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

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

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

La resolución señala:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La misma Corte Interamericana ha sostenido que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>362</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## IX. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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