

LOM PALABRA DE LA LENGUA YÁMANA QUE SIGNIFICA SOL

Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo
La República en Chile: Teoría y práctica del
Constitucionalismo Republicano [texto impreso] / Renato
Cristi; Pablo Ruiz-Tagle. — 1ª ed. — Santiago:
LOM Ediciones, 2006.
432 p.: 16x21 cm. (Colección Ciencias Humanas)

R.P.I.: 159.336
ISBN : 956-282-868-9

I. Chile — Historia I. Título. II. Serie. III. Ruiz-Tagle,
Pablo y Cristi, Renato

Dewey : 983 — cdd 21
Cutter : C933r

Fuente: Agencia Catalográfica Chilena

© LOM Ediciones
Primera edición, 2006

I.S.B.N: 956-282-868-9
Registro de Propiedad Intelectual N°: 159.336

Motivo de cubierta: Sala de sesiones del Senado de la República de Chile,
Archivo fotográfico de la Universidad de Chile.

Diseño, Composición y Diagramación:
Editorial LOM. Concha y Toro 23, Santiago
Fono: (56-2) 688 52 73 Fax: (56-2) 696 63 88
web: www.lom.cl
e-mail: lom@lom.cl

Impreso en los talleres de LOM
Miguel de Atero 2888, Quinta Normal
Fonos: 716 9684 - 716 9695 / Fax: 716 8304

Impreso en Santiago de Chile

RENATO CRISTI Y PABLO RUIZ-TAGLE

La República en Chile

Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano



Capítulo 12

Derechos fundamentales y terrorismo

PABLO RUIZ-TAGLE

Una de las características que más llaman la atención al estudiar los textos constitucionales latinoamericanos es la inclusión de disposiciones sobre excepción constitucional (Loveman, 1999-2000; Palma, 2002). Vinculado a este frondoso reconocimiento constitucional de los regímenes de excepción, encontramos, en las últimas décadas del siglo pasado, la inclusión de disposiciones expresamente referidas al terrorismo¹⁴⁸.

El problema que plantea el incorporar normas sobre el terrorismo de nivel constitucional, supone una novedad. Esta novedad es relativa, porque la historia del terrorismo se confunde, a veces, con la historia del constitucionalismo. El propósito de este trabajo es discutir el tema del terrorismo, desde el punto de vista constitucional. Este tema ha cobrado más actualidad a partir de los nefastos acontecimientos del día 11 de septiembre de 2001, que como sabemos los chilenos, no es el único 11 de septiembre sobre el que debemos reflexionar.

Este capítulo se divide en seis partes. Argumento en ellas en contra de la necesidad de incluir disposiciones constitucionales referidas al terrorismo, particularmente en la Constitución chilena. Con ese objeto, en la primera parte se busca delimitar el problema y las preguntas que pueden hacerse respecto del mismo. En la segunda parte, se intenta una breve explicación histórica de algunas relaciones que han existido entre constitucionalismo y terrorismo y las dificultades de definirlo. La tercera parte del trabajo analiza desde el punto de vista comparado, el tratamiento del terrorismo en Inglaterra y EE.UU. En la cuarta parte se analizan también desde el punto de vista comparado algunos países del continente europeo, tales como Alemania, Italia y España. La quinta parte está referida al Art. 9 de la Constitución chilena. La sexta parte desarrolla algunas ideas sobre el terrorismo de Estado e intenta mostrar cómo en Chile podemos estar todavía capturados por dicha forma de organización política

¹⁴⁸ Ver el Art. 9 de la Constitución chilena. Ver también el Art. 2 inciso 24 de la Constitución de Perú y el Art. 4 viii de la Constitución de Brasil. Cada una de estas disposiciones tiene una forma diferente pero todas ellas se refieren directamente al terrorismo.

y la dificultad de salir de ella. Finalmente, se ensayan algunas propuestas, que por cierto, al igual que todo el contenido de este trabajo, tienen un carácter preliminar y solo buscan alimentar la discusión sobre esta materia.

1. El problema y las preguntas

En términos generales, se puede hablar de la consolidación de una nueva ola de constitucionalismo en Latinoamérica y Europa del Este durante las últimas décadas del siglo pasado (Elster, Offe & Preuss, 1998: 63-151). Las constituciones surgidas recientemente en estos países han incorporado cambios significativos respecto de las normas fundamentales en lo relativo a la inauguración de tribunales constitucionales, a la ampliación de sus facultades en países donde este órgano judicial no era importante, o al reconocimiento de una influencia mayor a los órganos judiciales de control constitucional. También se puede notar, en ésta última ola de constitucionalismo, una inflación en el reconocimiento y garantía de ciertos derechos fundamentales. También constituye novedad, al menos en algunas constituciones latinoamericanas, como los casos de Chile¹⁴⁹ y Perú¹⁵⁰, la promulgación de disposiciones de carácter sustantivo y procesal que se refieren al terrorismo.

Algunas de estas disposiciones constitucionales acerca del terrorismo tienen parentesco con las normas de la Constitución española de 1978, y han generado a la fecha algunas decisiones judiciales. La aplicación de las disposiciones antiterroristas quedan entregadas a veces a la jurisdicción militar, y otras veces se encarga su aplicación a la justicia constitucional. El mandato constitucional que supone separar y encargar este tipo de casos a una jurisdicción especial, no necesariamente asegura el que se guarden las garantías

¹⁴⁹ Ver Art. 9 de la Constitución chilena.

¹⁵⁰ En Perú, además de las disposiciones constitucionales referidas al tema del terrorismo, se llevó a cabo la elaboración de una compleja y controvertida política anti-terrorista en el gobierno de Alberto Fujimori. Ver a este respecto Fujimori, 1999: 58-61. El propio Fujimori en este texto resume su política antiterrorista en los siguientes términos: "In 1992, as President of the Republic of Perú, I enacted a comprehensive counter-terrorist strategy based on an extensive emergency legal framework. It included a law that called for military and faceless tribunals, a repentance law, a new penal policy, and rondas campesinas (armed civil defense groups in remote regions prone to terrorist attacks). These components were designed to decrease the number of terrorist attacks by stiffening the penalties for insurgency and protecting innocent civilians from harm. Furthermore, the new legislation fostered better better civil-military relations for the sake of protecting the general population. Another fundamental element in my strategy was an effective intelligence gathering system, to replace the intelligence services destroyed in the early 1980s" (cf. Costa, Rospigliosi, y Alegria, 1998).

del debido proceso. Tampoco se justifica el mandato constitucional fundado en la necesidad de obligar al legislador a reconocer ciertas garantías a los acusados de terrorismo. Por una parte, las constituciones reconocen garantías que de modo igual se conceden a cada ciudadano, y por la otra, en muchos casos se dispone que estas garantías se ven afectadas de un modo general en los casos contemplados por la propia constitución como regímenes de excepción. Así un mandato referido especialmente a conductas terroristas constituye una injustificada excepción a estos dos modos de afectación. El que es propio de situaciones de normalidad y el que en situaciones de anormalidad se reconoce de modo general a todos los ciudadanos. Esta afectación diferenciada supone comprometer el principio de igualdad ante la ley.

Adicionalmente, las normas contra el terrorismo se insertan en un movimiento internacional que busca la proscripción de este tipo de conductas. Estas se manifiestan en la cooperación policial y en la administración de diversas convenciones de nivel jurídico que pueden estar por encima de la ley ordinaria. Estas convenciones pueden tener un estatus constitucional por su vinculación, en cuanto punto de contacto, con el texto de la norma fundamental¹⁵¹.

Las preguntas que podemos hacernos respecto de la relación que debe existir entre constitucionalismo y terrorismo son muy diversas. Podemos, por ejemplo, preguntar si es necesario incorporar disposiciones específicas referidas al terrorismo en la Constitución, o si basta, en un estado de derecho, que las normas relativas al terrorismo sean parte de la legislación común. También puede preguntarse la relación entre las disposiciones constitucionales referidas

¹⁵¹ En la página web del Departamento de Estado de EEUU se listan las siguientes convenciones como vinculadas a la lucha contra el terrorismo: Tokyo Convention on Offenses and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963); Hague Convention for the Unlawful Seizure of Aircraft (1970); Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (1971); Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, Including Diplomatic Agents (1973); Convention Against the Taking of Hostages (1979); Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (1979); Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation (1988), que complementa la Montreal Convention (1971); Rome Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation (1988); Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf (1988) que complementa la Rome Convention; Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Detection (1991); Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (1997), firmada por los Estados Unidos el 12 de enero, 1998 y sometida al Senado para su ratificación el 8 de septiembre, 1999; Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999), firmada por los Estados Unidos el 10 de enero, 2000, y sometida al Senado para su ratificación el 12 de octubre, 2000. Ver también en relación con la constitucionalidad de las convenciones (Ruiz-Tagle, 2001: 5-15).

al terrorismo y las que regulan de modo más general los estados de excepción constitucional. Con respecto a estas últimas existe una discusión doctrinaria sobre si estas disposiciones constitucionales constituyen un sistema alternativo de gobierno para momentos de alteración de la seguridad del Estado o si solo son formas de regulación ex ante de los derechos fundamentales en dichos supuestos. Yo me inclino por la segunda de estas alternativas, porque de lo contrario se estaría aceptando en el propio gobierno constitucional una posibilidad de su disolución o mutación.

Estas preguntas se vinculan a su vez, a la cuestión de si el constitucionalismo debe proveer un sistema de suspensión de sí mismo. Estos son los así llamados regímenes de excepción donde se permite afectar derechos fundamentales de una manera particular si se dan ciertos supuestos de hecho. Entre estos supuestos se asigna un papel preponderante a la seguridad del Estado. Estos regímenes de excepción ya decíamos que eran un rasgo muy marcado en las constituciones latinoamericanas.

Y si es que se acepta de manera excepcional que sean afectados los derechos fundamentales: ¿Cuál debe ser la relación entre las medidas generales de excepción y las disposiciones particulares contra el terrorismo? Asimismo, podemos preguntarnos también si estas medidas contra el terrorismo deben corresponder a formas de afectación de derechos, solo en la etapa de iniciación de los procesos judiciales, con el objeto de prevenir o investigar la comisión de actos terroristas o prevenir futuras acciones, o si también pueden consistir en disposiciones que determinen la competencia de tribunales especiales, medios de prueba particulares o sanciones aplicables agravadas. La cuestión de la duplicidad de la sanción penal ordinaria en su relación con la sanción política más general es parte de la discusión sobre las normas constitucionales sobre el terrorismo. Por último, respecto a las sanciones que las constituciones deben establecer para las acciones terroristas, deben éstas solo afectar los derechos políticos abusados con un criterio de proporcionalidad, como se propone en la Ley Fundamental Alemana o implicar inhabilidades de modo más general para ocupar ciertos cargos públicos o privados como sucede actualmente en Chile. También es necesario dar cuenta de los problemas que surgen para el constitucionalismo a partir de lo que se ha denominado terrorismo de Estado.

Puede ser que después de los incidentes del 11 de Septiembre de 2001 las disposiciones constitucionales contra el terrorismo hayan ganado en legitimidad. Sin embargo, todavía está pendiente el juicio que de ellas pueda hacerse desde un punto de vista democrático. Ese es el problema que se intenta discutir en estas líneas y sobre el que desde luego anunciamos una opinión contraria a la necesidad de dicho reconocimiento constitucional. Mi idea sobre esta materia

es que las constituciones deben guardar silencio sobre el terrorismo. Desde luego estas disposiciones sobre el terrorismo generalmente implican alterar el principio de igualdad constitucional porque suponen adoptar medidas excepcionalmente restrictivas a los derechos fundamentales de determinadas personas cuyo efecto práctico es muchas veces transformarlas en víctimas ante la opinión pública. Suponen, incluso adoptar medidas más excepcionales que los propios estados de excepción constitucional. También relajan los controles judiciales o parlamentarios de manera que resulta amenazante para el estado de derecho. Me parece que en el peor de los casos y cuando el sistema constitucional sufre grave riesgo de ser alterado basta con la consagración de estados de excepción constitucional de carácter general y que la regulación de las materias terroristas debe quedar entregada a la legislación común, civil o penal, o al poder de policía que es propio del poder ejecutivo en un gobierno constitucional.

Variaciones de esas mismas ideas son las que discutiremos a continuación, comenzando con un intento de aclaración conceptual de las relaciones que pueden reconocerse entre el constitucionalismo y el terrorismo. En esta aclaración también se espera explicar por qué en este trabajo se ha omitido aceptar como válida una definición particular de lo que es el terrorismo.

2. Constitucionalismo y terrorismo

El constitucionalismo comprende el esfuerzo político e intelectual por limitar el poder a partir del derecho. Esta limitación del poder se realiza particularmente a través de constituciones escritas. También se utilizan otros medios tales como el diseño institucional de frenos, balances y contrapesos, la afirmación del principio de soberanía popular, la construcción del concepto de ciudadanía y la protección de los derechos fundamentales. En el siglo veinte, después de las experiencias nazi y fascista en Europa, el constitucionalismo se esforzó por limitar el poder legislativo a través del establecimiento de un sistema de control judicial constitucional.

El terrorismo¹⁵² surge a partir del régimen del terror que se inaugura en Francia en 1793. Al parecer fue el publicista conservador Edmundo Burke quien

¹⁵² Los términos *terror*, *terrorism* y *terrorist* aparecen en *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, 1971. El término "terrorismo" aparece también en la *Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana*, pág. 4550. Ver también *Diccionario de la Lengua Española*, 2001: 2165. El diccionario define terrorismo como: "dominación por el terror. 2. sucesión de actos de violencia para infundir terror". Y en la misma página caracteriza y sitúa históricamente el concepto de terror: "(del lat. *terror*, -oris) miedo muy intenso. 2.- Persona o cosa que produce terror... 3.- Método expeditivo de justicia revolucionaria. (continúa en la página siguiente)

popularizó en Inglaterra la idea de que en Francia se produjo un régimen de terror durante la Revolución Francesa. En 1791 en una de sus cartas Burke dijo que los revolucionarios franceses gobiernan como tiranos por medio del terror (Burke, 1997: 622). El uso generalizado del término terrorismo en la esfera política se consolida alrededor de 1795, justamente como referencia a este periodo de la historia constitucional de Francia. Se trata, por así decirlo, de la cara fea del constitucionalismo europeo. Alexis de Tocqueville es quien trata de manera más sistemática y profunda la Revolución francesa y da cuenta de la violencia que se impone con dicho sistema¹⁵³. En definitiva, el primer uso de la palabra terrorismo estuvo vinculado a la idea de un régimen político, a una forma particular que asume el Estado en el periodo de la Revolución. Paradojalmente, un régimen que se caracteriza por la vía violenta impone buena parte de los ideales del constitucionalismo en Europa. Durante el siglo XIX el significado del término "terrorismo" cambia su significado original asociado al régimen del terror en Francia para incluir la acción política de toda clase de grupos que buscan promover causas políticas, religiosas o sociales por medios violentos¹⁵⁴.

Adam Roberts ha hecho notar recientemente que la definición de terrorismo evoluciona desde la designación de dictaduras o gobiernos de terror, hasta su uso para referirse a los grupos que, a partir de finales del siglo XIX, se dedican a asesinar líderes políticos o jefes de Estado. Luego este significado se amplía hasta incluir a los grupos que asesinan o secuestran policías, funcionarios locales, toman rehenes, secuestran aeronaves o detonan explosivos en edificios públicos o privados (Roberts, 2002: 18-19). Según Roberts, la definición de terrorismo es tan difícil que las Naciones Unidas, en vez de enredarse en el problema terminológico, adopta una serie de convenciones que proscriben cierto tipo de conductas que se consideran terroristas, tales como el secuestro de aeronaves y diplomáticos (ibid: 17).

4.- por antonomasia), Época durante la revolución francesa en que éste método era frecuente. II de loc. adj. dicho de una obra cinematográfica o literaria y del género al que pertenecen: Que buscan causar miedo o angustia en el espectador o en el lector".

¹⁵³ Tocqueville señala: "This contrast between theory and practice, between good intentions and acts of savage violence, which was a salient feature of the French Revolution, becomes less startling when we remember that the Revolution, though sponsored by the most civilized classes of the nation, was carried out by its least educated and most unruly elements" (1995: 206-207).

¹⁵⁴ Frühling, (1995: 7 y 9-45) define el terrorismo como una: "Estrategia insurreccional de tipo militar, utilizada por grupos pequeños que atacan blancos civiles preferentemente, y cuyo objetivo fundamental es debilitar el Estado y preparar las condiciones para su colapso". Esta definición excluye el terrorismo de Estado como forma de terrorismo y en ese sentido me parece defectuosa.

El nuevo Tribunal Penal Internacional del Estatuto de Roma puede convertirse gradualmente en el foro internacional donde se juzgue este tipo de conductas. Pero subsiste aun el problema de su definición, incluso después de la tragedia del 11 de septiembre de 2001. Un documento publicado con posterioridad a esa fecha por el Congreso norteamericano no consideró como terrorista la actividad violenta que se realiza con el objeto de obtener beneficios financieros y tampoco incluye los daños a sistemas computacionales.

También plantea Roberts lo difícil que resulta definir un grupo como terrorista cuando solo una facción o subgrupo del mismo adopta esa estrategia. Esto podría llevarnos a considerar al Congreso Nacional Africano como terrorista, tal como lo hicieron el gobierno inglés y el de los EE.UU. entre 1987 y 1988 (ibid: 17). Sin ir más lejos, en nuestros días vemos en el Medio Oriente que el uso del término "terrorismo" sirve, por una parte, para designar la actividad de los grupos palestinos que atacan el Estado de Israel, y por la otra, es empleada por los mismos palestinos para acusar a Israel de adoptar medidas políticas y militares en su contra que les impiden construir un Estado que asegure la paz y la seguridad.

A continuación, menciono ciertas prácticas o disposiciones constitucionales que en Inglaterra, EE.UU., Alemania, Italia y España se han adoptado respecto del terrorismo con el objeto de mostrar, por una parte, la enorme diversidad de las soluciones que se han dado en estos países, y también para comprobar lo extremo e ineficaz que resulta el Art. 9 de la actual Constitución chilena a la luz de esta comparación. El Art. 9 de la Constitución chilena puede servir para legitimar una organización del Estado que, de modo paradójal, puede derivar en una forma de terrorismo de Estado. Para mostrar algunos de los efectos que el fenómeno del terrorismo tiene en las constituciones y la legislación, y sin ánimo exhaustivo, quiero hacer algunas referencias a ciertos rasgos que pueden encontrarse en el tratamiento constitucional del terrorismo en Inglaterra y EE.UU., y también en Europa y algunos países de Latinoamérica. Luego trataré el tema del terrorismo de Estado, y finalmente intentaré algunas conclusiones.

3. El terrorismo en Inglaterra y EE.UU.

Como uno de los pilares sobre los cuales se construyó el constitucionalismo, el régimen jurídico inglés consagró de manera anticipada el sistema de *habeas corpus* en la *Petition of Rights* de 1628 que prohibió al monarca arrestar a una persona sin dar razones para ello y obligó a poner a los detenidos a disposición de los jueces (Palma, 2002: 160-161). Incluso más, a partir de 1679 mediante

la ley denominada *Habeas Corpus Amendment*, Inglaterra estableció un procedimiento para combatir la detención arbitraria, lo que se tradujo en la fijación de un plazo para la entrega del detenido al juez, la consagración de la responsabilidad de los funcionarios que detienen y el admitir que se presentara el requerimiento de *habeas corpus* en cualquier lugar y tiempo en defensa del detenido (ibid: 160).

Fue justamente como una medida para combatir el terrorismo que indujo a la Corona inglesa a adoptar medidas especiales sobre el *habeas corpus* para el caso de Irlanda del Norte a partir de 1970, las que no tuvieron en ningún caso un efecto pacificador. Entre las medidas adoptadas se incluyeron las siguientes: detenciones sin orden judicial para interrogar por simples sospechas, y la prisión provisional, o incluso el internamiento definitivo de personas¹⁵⁵. Adicionalmente, en 1972 las autoridades del Reino Unido asumieron todos los poderes del Parlamento y la Provincia de Irlanda, autorizando a la Corona a legislar por decreto, creando un Secretario de Estado en sustitución del Parlamento de Belfast¹⁵⁶. En virtud de esas potestades especiales se dictaron normas sobre las detenciones de los presuntos terroristas que incluían la posibilidad de ampliar los días de detención y las potestades de la policía, el control de la detención por un ente administrativo denominado *Commissioner*. A esto se agregó el establecimiento de un derecho de defensa del detenido, limitado en cuanto a su posibilidad de comunicación y al conocimiento de los cargos. Se crearon también tribunales especiales sin jurados, conocidos como "*Diplock Courts*"¹⁵⁷.

Prácticamente la misma institución del *habeas corpus* fue recogida en la Constitución de EE.UU. de 1787 pero, a diferencia del sistema inglés, la carta norteamericana asignó expresamente la responsabilidad para regular estas materias al Congreso y aceptó en su texto la posibilidad de suspender el *habeas corpus* en circunstancias extraordinarias al disponer en el Art. 1, sección 9, No.2 que: "...2. [El Congreso] no podrá suspender el privilegio del *habeas corpus*, salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública así lo requiera"¹⁵⁸. En EE.UU., esta norma se respetó solo para aquella parte

¹⁵⁵ *Civil Authorities Act* de 1922 y Decretos 11 y 12 de 1956 y 1957.

¹⁵⁶ *Ver Northern Ireland Temporary Provisions Act* de 30 de marzo de 1972.

¹⁵⁷ *Detention of Terrorists Northern Ireland Order* de 7 de noviembre de 1972 derogada parcialmente con posterioridad por la *Northern Ireland Emergency Provisions Act* de 8 de Agosto de 1973, por la Enmienda de 21 de Agosto de 1975, las normas de 30 de Junio de 1978 y para todo el territorio del Reino Unido se dictó la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 29 de Noviembre de 1974. Ver explicación detallada de estas normas en Remotti, 1999: 33-40.

¹⁵⁸ La idea de la suspensión del *habeas corpus* por circunstancias extraordinarias tales como rebelión o invasión pudo haber tenido en cuenta las medidas que en Inglaterra debió tomar el ministro William Pitt.

de la población que no era objeto de discriminación racial y se mantuvo dicha diferencia en cuanto su cumplimiento, incluso hasta mediados del siglo pasado. Así se explica que la Corte Suprema norteamericana, después de la delegación del Congreso al Presidente Roosevelt, hubiese aceptado que una autoridad militar fuese la que, durante la Segunda Guerra Mundial, decretara el confinamiento de ciudadanos con ascendencia japonesa por sospechas de espionaje, según se da cuenta en el caso *Korematsu*¹⁵⁹.

Estas medidas especiales fueron quizás las más famosas que se decretaron internamente en EE.UU. respecto del principio de *habeas corpus*, sin perjuicio de que después de *Korematsu* en muchos procedimientos de inmigración se usaron métodos de detención, confinamiento o registro de personas que contradecían estos estándares, y eran aceptados porque a esas personas no se les consideraba ciudadanos. Cabe hacer notar que estas medidas de confinamiento no estaban referidas a prevenir el terrorismo, porque el territorio de EE.UU., a diferencia del resto del mundo, permaneció en gran medida a salvo de esta estrategia política violenta¹⁶⁰.

Es necesario reconocer que durante la administración de Richard Nixon, el Estado americano se involucró, junto con algunas compañías transnacionales como la ITT, en diversas acciones terroristas, como las destinadas a impedir el acceso al poder del Presidente Allende. Estas acciones culminaron con el asesinato del comandante en jefe del Ejército chileno el general Schneider. Asimismo, EE.UU. apoyó actos de sabotaje una vez que el Presidente Allende asumió su cargo (Uribe y Opaso, 2001).

Después del atentado en Nueva York, se han dispuesto una serie de medidas específicas contra el terrorismo en EE.UU. que incluyen la formación de tribunales especiales (militares) y la ampliación de ciertas facultades de investigación

¹⁵⁹ *Ver Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (1944). A los ciudadanos norteamericanos de origen japonés en la costa oeste, por orden de un general, en marzo de 1942 se les obligó a permanecer en sus casas y a algunos de ellos se los trasladó a centros de confinamiento o detención. Lo curioso es que, a partir de este caso que constituía una violación de los derechos fundamentales de los afectados, se desarrolló en la jurisprudencia la idea de mirar con sospecha toda clasificación racial, de usar un criterio de escrutinio estricto de estas clasificaciones y de rechazar todas las categorías basadas en antagonismo racial y no en una necesidad real. La necesidad en este caso era la guerra con el imperio japonés. De un fallo que determinó algo negativo surgió una lista de criterios positivos y no es la primera vez que esto sucede en la historia del derecho.

¹⁶⁰ Hay varios casos de terrorismo en EE.UU. previos al 11 de septiembre de 2001, entre los cuales ocupa un lugar destacado el asesinato del ex canciller Orlando Letelier y su asistente Ronnie Moffit, por el cual el Estado de Chile pagó una indemnización y han cumplido condena el jefe de la policía política de Pinochet y otros agentes que intervinieron en el crimen.

que pueden afectar derechos fundamentales¹⁶¹. En la justificación de estas medidas especiales se ha hecho una diferencia entre ciudadanos norteamericanos y extranjeros implicados en actos terroristas, limitando el debido proceso en los casos de estos últimos de una forma que es muy discutible. Por ejemplo, un grupo de profesores y abogados de The Arthur Liman Public Interest Fellowship & Fund enviaron una carta al presidente del Comité Judicial del Senado haciendo ver que en su opinión la orden militar que estableció comisiones militares para juzgar a los implicados en los actos terroristas era contraria a la Constitución, particularmente al principio de separación de poderes, al principio de debido proceso legal y a los tratados internacionales, tales como la Convención de Ginebra sobre trato de prisioneros. Otros han justificado estas medidas. Alegan que son suficientes porque garantizan a los terroristas un juicio completo y justo (aunque sea ante tribunales militares), con abogados que los defiendan y con una decisión final del Presidente, quien puede, si así lo estima conveniente, traspasar el conocimiento del caso a tribunales comunes (Lathrop, 2001).

A pesar de que entendemos la necesidad de adoptar medidas especiales de carácter ejecutivo y legislativo para combatir el terrorismo, me parece que no existen argumentos convincentes para juzgar de una manera a los terroristas norteamericanos y de otra a los que no tienen esa ciudadanía. Pienso que Timothy McVeigh y sus secuaces terroristas que en nombre de la supremacía racial blanca volaron el edificio de Oklahoma, y los terroristas que participaron en la masacre de Nueva York, incluyendo los cómplices de Osama Bin Laden capturados en Afganistán detenidos en Guantánamo, se merecen el mismo tipo de proceso y condena.

¹⁶¹ Ver entre las principales medidas dictadas las siguientes: (1) Ordenes Ejecutivas Presidenciales: Executive order 13224 de 23 de septiembre, 2001: *Blocking Property and prohibiting Transactions with persons who commit, threaten to commit, or support terrorism*; Executive order 13228 de 8 de Octubre, 2001: *Establishing the Office of Homeland Security and the Homeland Security*; Executive order 13234 de 9 de Noviembre, 2000: *Presidential Task Force on Citizen Preparedness in the war on terrorism*; Military order de 13 de Noviembre, 2001: *Detention, Treatment, and Trial of certain Non-citizens in the war against Terrorism*; (2) Principales resoluciones del Congreso: Joint Resolution authorizing the use of US Armed Forces 107th Congress, 1st session, S.J. Res. 23, de 14 de septiembre, 2001; USA Patriot Act; 50 U.S.C. 1702 International Emergency Powers Act; 50 U.S.C. 1805 Foreign Intelligence Surveillance Act de 1978, entre muchas otras medidas.

4. El terrorismo en Europa continental

En varios países europeos, particularmente en Francia y Portugal¹⁶², existen disposiciones constitucionales que reconocen la posibilidad de regímenes de excepción para el caso que se vea alterada la seguridad del Estado. Adicionalmente, aparece una situación especial en aquellos países que durante el siglo veinte han sufrido mayores ataques terroristas, entre ellos Alemania, Italia y España.

En Alemania, no hay referencias constitucionales explícitas con respecto al terrorismo y el Art. 19.1 en la Ley Fundamental de 1949 establece un principio básico que prohíbe restringir, limitar o suspender derechos fundamentales de manera individual. Pero se reconocen excepciones calificadas a este principio en los Arts. 10 y 18 cuando se altera la seguridad del Estado y para esos casos particulares se obliga a seguir un principio de proporcionalidad en la afectación del derecho fundamental¹⁶³. También la Ley Fundamental alemana

¹⁶² En Francia existen normas constitucionales que permiten la suspensión de los derechos tales como el Art. 16 de la Constitución de 1958 que dice:

Quando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se vean amenazados de manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Presidente de la República adoptará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consultar oficialmente con el Primer Ministro, con los Presidentes de las asambleas y con el Consejo Constitucional. Informa de ello a la Nación por medio de un mensaje. Tales medidas deben estar inspiradas por el deseo de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios para cumplir su misión en el menor plazo posible. El Consejo Constitucional será consultado al respecto. El Parlamento se reúne de pleno derecho. La Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales.

Ver también Art. 36 de Constitución francesa. En general, la fórmula francesa me parece adecuada porque no tiene una referencia explícita al terrorismo y porque autoriza la suspensión de derechos pero refuerza la democracia al obligar a dar cuenta y a la reunión de los poderes constitucionales. Ver también en el mismo sentido de la Constitución Francesa la Constitución de Portugal de 1976, Arts. 137.1, 141.1, 164.j, 182.3.f y 220.c.

¹⁶³ Cf. la Ley Fundamental alemana de 1949, Art. 19.1:

Quando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el número correspondiente.

En el Art. 10 se autoriza que con el propósito de defender el régimen constitucional y de acuerdo a un sistema de control que puede reemplazar la vía judicial por "órganos auxiliares designados por la representación popular" se revise la adopción de medidas excepcionales de carácter legislativo tales como la intervención de las comunicaciones. Por su parte el Art. 18

(continúa en la página siguiente)

reconoce el derecho de la policía a detener por sospecha y a suspender el plazo máximo de detención, en casos calificados que determina el órgano judicial de acuerdo a la ley. Junto a esta posibilidad para afectar excepcionalmente los derechos fundamentales, se contempla una profusa legislación cuya finalidad es combatir el terrorismo (Remotti, 1999: 52-56).

La Constitución italiana de 1947 tampoco contiene referencias explícitas al terrorismo. Pero a diferencia del caso alemán, no establece cláusulas generales de suspensión de derechos y consagra restricciones o limitaciones que se expresan de manera particular como referidas a causas de seguridad, sanidad, necesidad o urgencia y que pueden afectar cada uno de los derechos fundamentales de manera particular.

A diferencia del régimen alemán y el italiano, en España la Constitución de 1978 en su Art. 55.1 reconoce una habilitación constitucional para suspender determinados derechos cuando se producen los estados de excepción o de sitio, y en el Art. 55.2 existe una mención especial y directa al terrorismo que dice:

Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los Arts. 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos, para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de estas facultades reconocidas en dicha Ley Orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Al parecer la explicación más convincente acerca de la incorporación de la disposición constitucional contenida en el Art. 55.2, que dio pie a un encendido debate parlamentario en que destacó la participación del diputado Gregorio Peces Barba, fue la que expresó el diputado Rodolfo Martín Villa. Señaló al respecto que lo que se pretendía con ella era: "...evitar en lo posible el recurso a los estados de excepción porque estábamos convencidos de que difícilmente

con un criterio de proporcionalidad y de acuerdo al criterio de sancionar el abuso de derecho permite la suspensión o "pérdida" de ciertos derechos fundamentales, tales como libertad de prensa, libertad de enseñanza, de reunión, asociación, secreto de telecomunicaciones, derecho de propiedad y asilo, lo que debe decretarse por el Tribunal Constitucional Federal. Ver también Art. 13 de Ley Fundamental alemana sobre derecho a la inviolabilidad del domicilio y el Art. 87.4 referido a los grupos sediciosos armados, que los proscriben autorizando a las fuerzas armadas y la policía a combatirlos sin establecer un régimen de suspensión de derechos especial a este respecto.

se darán las condiciones de subversión generalizada en las que este recurso encuentra su verdadera utilidad" (ibid: 124)¹⁶⁴.

Las soluciones que las constituciones europeas han dado a la cuestión del terrorismo son variadas. Ninguna de ellas ha servido para estabilizar el tema del combate al terrorismo, y en cada país donde se han incorporado disposiciones constitucionales con mención específica a esta forma de estrategia violenta se han dictado diversas leyes que en cierta medida muestran la ineficacia de la inclusión constitucional.

Tal como la solución alemana parece haber influido en la solución española, también podemos decir que el Art. 13 recién mencionado ha influido directamente, aunque de manera parcial, en la Constitución chilena que analizaré en los siguientes párrafos.

5. El terrorismo en la Constitución chilena

El Art. 9º es una novedad que introduce la Constitución chilena vigente. Su texto dispone que:

El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimientos de educación o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

¹⁶⁴ Adicionalmente, la Constitución Española de 1978 en el Art.13 número 2 dispone: "quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los delitos terroristas".

Este artículo condena constitucionalmente al terrorismo como contrario a los derechos humanos, pero no toma en cuenta el terrorismo de Estado. A esto se agrega la exigencia de un quórum calificado para aprobar leyes respecto de quienes cometen actos terroristas y se indican a continuación sanciones de inhabilidad para ocupar cargos públicos y privados. Lo extraño es que, de producirse tales conductas, la legislación anti-terrorista en Chile contempla sanciones más graves que las que dispone la Constitución. A pesar de la gravedad de estas sanciones, la Constitución chilena no señala lo que entiende por conductas terroristas, materia que es contemplada por la ley N.º18.314, promulgada en 1984, que tipifica estos delitos. Esta ley fue modificada por la ley N.º18.825 de 1989 y por la ley No.19.055 del año 1991, aumentando las sanciones al contemplar, además de las inhabilidades respecto de cargos públicos, inhabilidades respecto de cargos privados.

Es difícil interpretar la norma constitucional chilena como una garantía que limite al legislador en la imposición de sanciones a los terroristas, porque el Art. 9º entrega un mandato abierto al decir: "Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley", y además porque no existe referencia alguna al principio de proporcionalidad. El hecho de que en el derecho comparado no se hayan encontrado disposiciones que tengan tanta amplitud, en cuanto a las facultades que se otorgan al legislador, como las que encontramos en la Constitución chilena, nos debería hacer revisar la conformidad del Art. 9º con los principios del constitucionalismo.

El último inciso del Art. 9º de la Constitución chilena, inspirado posiblemente en el Art. 13 No. 3 de la Constitución española ya citado, dispone que el terrorismo no puede ser considerado como un delito político por las consecuencias procesales, y particularmente por la pena de extradición. Sin embargo, el Art. 9º se excede, si se lo compara con el Art. 13 de la Constitución española, porque restringe el derecho a indulto, propio de los delitos comunes, perviviendo solo en el caso de la permutación de la pena de muerte por la de presidio perpetuo. Esta disposición del Art. 9º que permite el indulto para la conmutación de la pena de muerte puede resultar parcialmente anacrónica, por la derogación parcial de la pena de muerte, que solo quedó vigente en la legislación chilena para los delitos referidos a la jurisdicción militar. Además, el Art. 9º, al establecer sanciones respecto de personas determinadas en la propia Constitución, y dar un contenido tan específico y restrictivo al mandato que allí se concede al legislador penal, es una norma injustificadamente excepcional. A lo anterior se agrega el hecho de que la Constitución viene a sancionar, por un mismo hecho, múltiples veces¹⁶⁵, llegando incluso

¹⁶⁵ Ver ponencia de Juan Pablo Manalich presentada con posterioridad al II Congreso de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

a la pérdida de la ciudadanía. Esto constituye una forma de exclusión social y convierte a ciertas personas en parias, porque en su Art. 17 dispone que:

la calidad de ciudadano se pierde: 3. Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista... Los que hubieron perdido la ciudadanía por la causal prevista en el número 3 solo podrán ser rehabilitados en virtud de una ley de quórum calificado, una vez cumplida la condena.

Desde el punto de vista de la igualdad, todas estas excepciones y contra-excepciones constitucionales del Art. 9º, resultan controvertidas y contrarias a la igualdad, que es la concepción más básica del gobierno constitucional.

Luego de retomar Chile la senda democrática a partir de 1990, el Art. 9º no ha sido aplicado, ni tampoco objeto de reforma constitucional, lo que también demuestra que quizás no se necesita la inclusión de normas acerca del terrorismo en la Carta fundamental¹⁶⁶. Aunque recientemente se ha discutido la aplicación de la ley anti-terrorista al conflicto con personas de origen mapuche, el gobierno se ha negado a acceder a dicha solicitud. Es de lamentar que, en el curso de los años, no haya existido propuesta alguna para derogar el Art. 9º. La mantención de este ineficaz y controvertido artículo ha servido solo para recrear una retórica constitucional que en definitiva legitima el terrorismo de Estado.

6. El terrorismo de Estado

En los trabajos de Ernesto Garzón Valdés podemos encontrar una excelente caracterización del fenómeno político del terrorismo de Estado. Sus características son: (a) la afirmación de la existencia de una guerra en toda la sociedad, que incluye la esfera internacional y que tiene por fin eliminar los valores absolutos de quienes detentan el poder; (b) la delimitación imprecisa

¹⁶⁶ Como aplicaciones de la ley antiterrorista después de 1990 (y no de la disposición constitucional Art. 9) hemos encontrado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 13 de noviembre de 1992, R.G.J. No.149, página 90 y la sentencia de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 1994, R.G.J. No.173, página 126. La única sentencia que hemos encontrado que aplica el Art. 9 fue dictada en el periodo pre-constitucional anterior a 1990 en rechazo del recurso de inaplicabilidad interpuesto por Clodomiro Almeyda que fue condenado por la ley anti-terrorista durante la dictadura militar y señaló: "las conductas que el legislador ha de tipificar como delito sobre la base de la habilitación que le ha otorgado la Constitución en su Art. 9 inciso 2, han de relacionarse con el terrorismo, esto es, de conductas y actos graves que lesionan indiscriminadamente bienes jurídicos importantes—como la vida, la integridad física, bienes materiales, sustracción de personas, etc.— con el objeto de causar temor o terror en la población, para sojuzgarla y llevar a cabo los planes o propósitos de los terroristas y de su organización". Sentencia de Corte Suprema de 26 de Enero de 1988, RDJ, T.85, sección 5, página 15.

de los hechos punibles y la eliminación del proceso judicial para determinar los delitos; (c) imposición clandestina de sanciones estatales prohibidas como tortura y homicidio de adversarios; (d) aplicación difusa de medidas violentas de privación de libertad, propiedad y otros; y finalmente, (e) el intento de infundir temor a la población (Garzón Valdés, 2000: 289 y ss).

La idea de terrorismo de Estado, según Garzón Valdés, requiere de los siguientes elementos funcionales para lograr eficacia: (a) una cierta organización ideológica cuya base es un dogma, tal como fue, por ejemplo, la "doctrina de seguridad nacional"; (b) un equipo eficaz de propaganda; (c) el cultivo de la propia imagen para compensar los actos de crueldad; y (d) una disciplina interna que elimina la autocrítica. Hay también, según Ernesto Garzón Valdés, argumentos de legitimación del terrorismo de Estado, entre los cuales se distinguen: (1) el argumento de la eficacia o la idea de que el terror estatal sería la forma más eficaz de combatir el terrorismo urbano y/o rural; (2) el argumento de identificar al terrorista que exigiría la aplicación de medidas difusas, (3) el argumento de la simetría o la asimilación con el terrorismo en los medios que utiliza para combatirlo; (4) el argumento de que la medida del éxito en materias de ética pública (a diferencia de la ética privada) es su eficacia en cuanto a los resultados obtenidos; (5) el argumento de lo inevitable de las consecuencias secundarias que se justifica con la doctrina escolástica del doble efecto; (6) el argumento de las elecciones trágicas en que queda el Estado frente al terrorismo que arriesga su propia existencia; (7) el argumento de la primacía de valores absolutos.

Cada uno de estos argumentos es refutado por Ernesto Garzón Valdés del modo siguiente: (1) el argumento de la eficacia es falso porque derrotar al terrorismo requiere legitimar el sistema y los medios empleados en su derrota; (2) el segundo argumento también es falso porque la identificación del terrorista real y su diferenciación del potencial es parte fundamental de todo estado de derecho; (3) el argumento de la simetría con los medios terroristas es un derivado del primer argumento de la eficacia y como tal es falso por los mismos motivos; (4) por más distinta que sea la ética pública y considere las consecuencias, no puede ignorar el tratar a las personas como dignas por sí mismas y no puede aplicarse medidas difusas de castigo respecto de ellas; (5) la doctrina del doble efecto es éticamente inadmisibles porque es una cláusula de discrecionalidad que no se somete a criterio alguno; (6) si el Estado se hace terrorista para combatir el terrorismo porque siente amenazada su existencia, socava su propia legitimidad porque solo pasa a ser una organización más en la lucha por el poder; (7) el absolutismo moral confunde la creencia con la verdad de una proposición, y al no fundar su práctica política en la persuasión y en la coacción de lo que se ha definido con anterioridad como negativo termina afectando los derechos de los inocentes de manera injustificada.

Los rasgos que Garzón Valdés atribuye al terrorismo de Estado pueden hacerse extensivos particularmente a las dictaduras militares que existieron en Latinoamérica hasta mediados de 1980. A este respecto corresponde reflexionar sobre cuáles elementos del terrorismo de Estado todavía subsisten en los gobiernos democráticos que los países latinoamericanos inauguran a partir de finales de la década de los años ochenta del siglo pasado. En el caso chileno persisten las múltiples referencias al concepto de "seguridad nacional" en el texto constitucional. También persiste la identificación del gobierno y la vida política con la persona del gobernante, que constituye una concepción opuesta al republicanismo democrático. A este rasgo de personalismo y caudillismo se agrega la manipulación de los medios de comunicación masiva que tienen como propósito generar la permanente legitimación virtual del sistema y la dificultad para aceptar la crítica y asegurar una forma espúria de neopresidencialismo autoritario.

7. Conclusiones

La noción de terrorismo ha coexistido con la noción de constitucionalismo. Hasta la fecha no se ha encontrado una fórmula que sea eficiente para la abolición del terrorismo. Se trata de una estrategia particular de uso de la violencia de la cual ningún país parece inmune y que puede originarse en causas diversas y adoptar formas muy distintas. Este solo carácter multi-causal y multi-forme, así como la ineficacia que se ha detectado en relación con estas disposiciones, nos debería hacer dudar de incluir en la constitución referencias directas referidas al terrorismo. Y por cierto la forma de combatir y derrotar esta estrategia no puede consistir en abdicar de los principios del constitucionalismo, porque ese sería precisamente su triunfo. La combinación de medidas legislativas que bajo circunstancias especiales faciliten las investigaciones, que permitan luchar contra el terrorismo y destinar recursos a una fuerza internacional que con estricto apego al derecho se enfrente a la estrategia terrorista, no requiere de reconocimiento constitucional a nivel sustantivo ni de la incorporación de nuevos órganos o procedimientos constitucionales.

Por otra parte, el riesgo de un Estado que se compromete en un combate contra el terrorismo, alterando su constitución o desligando una parte de su acción política del derecho, consiste en ser presa de lo que se denomina terrorismo de Estado. Desgraciadamente como se prueba en el caso latinoamericano, el terrorismo de Estado es una realidad política muy difícil de erradicar y constituye la amenaza más seria a los ideales del constitucionalismo. Latinoamérica tuvo terrorismo de Estado hace un par de décadas y desgraciadamente todavía

no se libra de algunos de sus efectos más perniciosos. Todavía esta experiencia influye en cómo se concibe el ejercicio del poder político y cómo se utilizan los principales recursos públicos.

Parte del esfuerzo de vuelta a la normalidad democrática debe consistir en la purgación de nuestras constituciones de toda referencia sustantiva y procesal al terrorismo, sea de Estado o de cualquier clase. La estrategia terrorista se combate mejor con medidas legislativas y decisiones de los órganos ejecutivos que tienen como sustento los principios de la democracia constitucional y que se expresan en el gobierno de la mayoría y el respeto de las minorías, que tiene como base la protección de los derechos fundamentales. El constitucionalismo no puede renunciar a sí mismo porque le toca enfrentar una estrategia que se erige como su desafío. Además las disposiciones constitucionales contra el terrorismo constituyen una pretensión particular frente a las normas generales de afectación de los derechos fundamentales que son propias de tiempos normales y excepcionales, que no están justificadas desde el punto de vista del principio democrático y que son objetables porque contradicen el principio de igualdad y los demás principios del constitucionalismo. En definitiva, los problemas de estrategia en un gobierno constitucional pertenecen a la esfera de las funciones legislativas y sobre todo al poder de policía que es propio de la función ejecutiva y no deben servir para alterar los principios del derecho constitucional.

Al terminar solo me gustaría traer a la memoria que durante gran parte del siglo pasado la práctica del derecho constitucional se vio erosionada por el espectro del anticomunismo que produjo distorsiones en las actividades que son propias del Congreso, sirvió para alterar la subordinación civil de la policía y los militares que es propia del gobierno constitucional y llegó a desprestigiar la imparcialidad de los tribunales. Desaparecida la Unión Soviética y esfumado el espectro del anticomunismo, tenemos una nueva oportunidad de reforzar los principios constitucionales. Para aprovecharla, debemos descontaminar el derecho constitucional de todas las disposiciones que hacen referencia explícita y directa al terrorismo.

Capítulo 13 Derechos fundamentales, democracia y pobreza

PABLO RUIZ-TAGLE

Este capítulo examina la influencia que tiene la pobreza en la creación del contenido y la configuración de los derechos fundamentales. Se explica la pobreza como factor o fuente material de los derechos fundamentales, y su influencia en las fuentes formales, y en los mecanismos o procedimientos de creación de los mismos. En la primera parte, analizo algunos conceptos de pobreza. En la segunda, ilustro la influencia de la pobreza en el derecho, destacando la relación entre la pobreza y una serie de conceptos tales como: derechos subjetivos, poder de tributación y policía, la noción de democracia y república extendida, el principio de representatividad parlamentaria, el colonialismo y el derecho internacional. En esta parte se discuten afirmaciones de Carlos Rosenkrantz, Owen Fiss y Cristián Courtis sobre el derecho y su relación con la pobreza. En la tercera parte, se explican algunas experiencias chilenas relacionadas con la pobreza, particularmente el surgimiento de la cuestión social y los programas sociales más recientes denominados AUGE (programa de salud) y Chile Solidario (programa de erradicación de pobreza extrema). La explicación parcial de estos programas intenta mostrar, casi como una conjetura, cómo se desarrolla o especifica por la vía administrativa, legislativa, y más tarde judicial, lo que puede llegar a ser el contenido del derecho fundamental a la salud y la dignidad e igualdad en Chile.

Para efectos de la discusión, afirmo que los derechos fundamentales no siempre se crean en cuanto a su contenido o configuración en una deliberación democrática constituyente, ni tampoco en el parlamento o en los tribunales. Los derechos fundamentales pueden constituirse como tales a partir de una estrategia o medida, de un programa social o resolución, que se consolida con alguna forma de tutela judicial y en un punto de contacto con las garantías constitucionales que todos atribuimos a dichos derechos. La pobreza está estrechamente relacionada con los derechos fundamentales y su ejercicio efectivo. No solo el poder legislativo o el judicial tienen un mandato de desarrollar, promover y proteger los derechos fundamentales, sino que dicho mandato alcanza a todas las personas públicas y privadas.