

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS. APUNTES PARA UN DEBATE INFORMADO

DR. CLAUDIO NASH R.

ACADÉMICO FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR CATEDRA DERECHOS HUMANOS

UNIVERSIDAD DE CHILE

1. LÍMITES AL PODER

La necesidad de limitar el poder -quien sea que lo detente- frente a los individuos ha sido una preocupación constante en la historia de la humanidad, y particularmente, una de las bases sobre las cuales se sustenta el constitucionalismo que nace a partir del siglo XVIII. En este entendido, se han utilizado en el desarrollo del constitucionalismo diversos conceptos para hacer referencia a los derechos que limitan y legitiman el poder de las autoridades. Muchas veces se utilizan como sinónimos una serie de conceptos, tales como derechos morales, derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos humanos y derechos fundamentales. El contenido y alcance que se le ha otorgado a estos “derechos” ha dependido del contexto histórico y filosófico en el que se desarrollan y también de la relación con el tipo de poder que se pretende limitar¹.

Si hay un hilo conductor que nos permita unir los esfuerzos hechos hace siglos por limitar el poder del monarca a través de la Carta Magna (1215) y nuestro debate constitucional es precisamente la búsqueda por controlar el poder. La gran diferencia es que hoy los derechos humanos no son concesiones ni privilegios, sino que derechos que podemos detentar frente a la autoridad no solo para *limitarlo*, sino que dichos derechos están destinados a *legitimar* ese poder.

De ahí que la Constitución hoy en día sea el instrumento central para legitimar al poder público, a través de una estructura de derechos y órganos que apuntan a un solo objetivo, dar certeza a los individuos de cuál es el actuar legítimo de la autoridad.

¹ Claudio NASH: *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, Fontamara, 2010, pp. 64-65.

En la conformación de un Estado de Derecho, los derechos humanos o derechos fundamentales² tienen la función de otorgar legitimidad al poder estatal, sin embargo, la forma en que ello ocurra estará determinada por el tipo de Estado al que estemos enfrentados. La manera de organizar el poder y las ideologías que fundan su existencia, son las que determinan cuáles son los derechos admisibles en un sistema organizacional determinado. De ahí que sea necesario revisar diferentes modelos que se cobijan bajo la idea de “Estado de Derecho”, sus características y evolución.

2. ESTADO DE DERECHO COMO VÍA PARA LIMITAR PODER

El concepto Estado de Derecho responde a un modelo organizativo que surge en la Ilustración y que ha ido modificando su estructura y alcance a partir de las condiciones históricas sobrevenientes. Los principales paradigmas de Estado de Derecho que se han reconocido por la doctrina son aquellos de carácter liberal, social o social democrático³.

El Estado de Derecho, como forma de organización social, tiene su fundamento en la filosofía liberal⁴. El Estado de Derecho liberal se basa en una concepción de los seres humanos como sujetos libres e iguales, con igual capacidad para participar en el mercado y producir, transferir y adquirir bienes⁵. Esta forma de organizar el Estado responde a una construcción lenta y gradual hecha en virtud de las reivindicaciones de determinados sectores sociales que buscaban, frente a poderes despóticos de la época, seguridad para las personas, para sus bienes y la protección efectiva de otras libertades⁶. A diferencia del sistema monárquico, el Estado Liberal se rige por los siguientes principios: el principio de legalidad de todos los actos realizados por los agentes del Estado; la publicidad de los actos tanto legislativos, como administrativos y judiciales; además de la sujeción a control de todas las actividades del Estado⁷. Además, el sistema liberal propugna el resguardo de cierto tipo de derechos civiles y políticos como la libertad de pensamiento, de religión, la

² Se utiliza el término de derechos fundamentales para aquellos que son incorporados en la Constitución y el término derechos humanos se utiliza en un sentido más amplio, particularmente, para aquellos consagrados internacionalmente.

³ Claudio NASH. “Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos”. En: *Control de Convencionalidad. De la dogmática a la implementación*. Editorial Porrúa, México, 2013, pp. 27-54.

⁴ Elías DÍAZ: “Estado de Derecho y legitimidad democrática”. En: Miguel CARBONELL *et al*: *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Editores Siglo XXI, México, 2002, pp. 76-78.

⁵ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 6.

⁶ Elías Díaz, *Estado de Derecho...*, op. cit., p. 65.

⁷ Luigi FERRAJOLI: “Estado Social y Estado de Derecho”. En: Víctor ABRAMOVICH, et al. (comp.). *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2006, p. 11.

participación pública (limitada a ciertos grupos) y las garantías procesales⁸. Sus primeras concreciones normativas fueron la declaración de derechos de 1689 en Inglaterra, la declaración de derechos de 1776 en América del Norte y la declaración de derechos del hombre de 1789 en Francia⁹.

Si bien el Estado liberal trajo innumerables avances en materia de protección de derechos individuales y de limitación al poder monárquico, tal reconocimiento de derechos era profundamente desigual e insuficiente¹⁰. En este contexto, al no haber ninguna regulación de los contratos de trabajo y al primar el principio de la libre contratación en todas las áreas de la vida social, surgen infinidad de problemas en materia laboral. Nacen así, las reivindicaciones laborales, que son fuertemente reprimidas¹¹ y se transforman en el motor del profundo cambio social venidero¹².

En el contexto de crisis del Estado liberal, es que surge el Estado social, cuyo objetivo es poner término a las desigualdades existentes. En este modelo el Estado, en vez de ser un ente pasivo, pasa a cumplir un rol activo que tiene por objeto revertir las situaciones de inequidad a las que se ven enfrentados determinados grupos de personas. En este sentido, se puede ver un cambio de paradigma respecto al contenido del principio de igualdad, ya que se pasa de una concepción de igualdad formal –propia de la filosofía liberal- a una visión de desigualdad material, en donde la condición de desventaja social en la que se encuentra una persona es considerada en la actividad estatal¹³. La consecuencia de este cambio de modelo es la importancia que cobra el resguardo de los derechos económicos y sociales¹⁴.

⁸ Elías DÍAZ, *Estado de Derecho...*, op. cit., pp. 79-80.

⁹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰ *Ibidem*, p. 80.

¹¹ *Ibidem*, pp. 78-79.

¹² Otra interesante forma de enfocar las razones de la crisis del sistema liberal, destaca la falta de contenido material de éste. Se plantea que, el Estado liberal al tomar distancia de las razones de su surgimiento -como lo fue la oposición a la monarquía-, queda en evidencia el vaciado de contenido y la formalización del concepto de ley que existía en éste. Ver: Ernst WOLFGANG: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2001, p. 32. Este autor señala: “La crítica se vuelve contra el vaciado de contenido y la formalización del concepto de la ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio ‘imperio de la ley’ del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y la calculabilidad jurídicas. (...) Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas”.

¹³ “...se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador”. En: V. ABRAMOVICH y C. COURTIS: *El umbral de la ciudadanía...* op. cit., p. 13.

¹⁴ Rodolfo ARANGO. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 29-30.

Los primeros atisbos de la necesidad de este tipo de sistema político los podemos encontrar en la segunda mitad del siglo XIX¹⁵. A finales del siglo XIX y comienzos del XX las críticas al capitalismo se radicalizan y dan impulso a una serie de reformas sociales con vocación igualitaria. Estas reivindicaciones sociales generaron distintas respuestas de parte de los Estados. En algunos países, como en Inglaterra, se fomentan algunas políticas públicas para controlar la explosión social de la época¹⁶. Esto implicó que en los países anglosajones surgieran Estados liberal-laboristas (Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Australia), que se hicieron cargo de algunas de las demandas planteadas por los trabajadores. Este proceso generaría, más tarde, el nacimiento de modelos socialdemócrata como aquellos de los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca)¹⁷. Sin embargo, en otros países como Rusia, Alemania e Italia, estas reivindicaciones generan el surgimiento de Estados “socialistas” de corte autoritario¹⁸.

Estos sistemas de organización estatal autoritarios o totalitarios, que surgen a comienzos del siglo XX, recogieron la necesidad de un cambio de paradigma, adoptando diversas políticas públicas que apuntaban, en muchos casos, a superar las inequidades sociales existentes. Sin embargo el carácter antidemocrático de estos regímenes, deja en evidencia, principalmente post segunda guerra mundial, los excesos a los que se puede arribar en un sistema organizacional de esta naturaleza. En este entendido, las críticas a estos modelos autoritarios sostienen la necesidad de un Estado social, pero democrático de derecho. Por tanto, puede entenderse que el Estado social o Estado social y democrático de derecho surge como una solución intermedia ante un modelo liberal capitalista en crisis y la posibilidad de un modelo autoritario¹⁹.

El concepto de Estado social y democrático de derecho se comienza a utilizar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Su primera consagración constitucional es en la ley fundamental de Bonn, Alemania, ésta fue la primera que consideró en sus artículos 20 y 28 el concepto de Estado social y democrático de derecho²⁰. Sin embargo, también ha sido consagrado recientemente por las Constituciones de Colombia (artículo 1º), Ecuador (artículo 1º), Paraguay (artículo 1º), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2) y Venezuela (artículo 2)²¹.

¹⁵ L. FERRAJOLI. *Estado social y Estado de Derecho* ..., op.cit., p.25.

¹⁶ Gerardo PISARELLO: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 25.

¹⁷ *Ibidem.*, p.26.

¹⁸ Estado marxista-leninista en Rusia, nacionalsocialista en Alemania, fascista en Italia.

¹⁹ L. FERRAJOLI. *Estado social y Estado de Derecho* ..., op.cit., pp. 26-27. Cabe destacar que la gran parte de la doctrina no distingue entre el modelo de Estado social y aquel social y democrático de derecho. Entre ellos FERRAJOLI quien distingue el Estado liberal o legal y aquel constitucional.

²⁰ Diego VALDÉS: “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”. En: Miguel CARBONELL, et al: *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Editores Siglo XXI, 2002, p. 142.

²¹ *Ibidem.*, pp. 141-142.

En la actualidad, el concepto de Estado social y democrático de derecho contempla el resguardo de los derechos civiles del individuo -incluyendo los derechos de participación política-, como también la consagración de mecanismos de distribución de la riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo. Cabe destacar también, que en esta forma de organización social se considera indispensable la participación ciudadana²², como una forma de ejercer control sobre los órganos de poder. En este sistema estatal, el Estado no sólo está sujeto a la ley sino que también tiene la obligación de promover los derechos fundamentales²³.

3. FUNDAMENTOS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

La Constitución como ley fundamental, es la base de este límite al poder a través de la ley. De ahí que para entrar en un debate constitucional sea importante conocer algunos elementos que están tras la idea de un texto constitucional como lo conocemos hoy en día. Ese proceso es el de la Codificación.

La codificación se enmarca en el proceso histórico de la Ilustración²⁴, período que posee características políticas y jurídicas que resultan relevantes para nuestro análisis. En lo político, se caracterizó inicialmente por una fuerte tendencia hacia la concentración del poder en manos del monarca, a través de la cual se pretende que éste ejerza un poder efectivo sobre sus súbditos. En este contexto, la codificación se presenta como un buen aliado del proceso de concentración y unificación del poder. En el plano jurídico, el proceso de codificación es reflejo de un momento histórico caracterizado por la incertidumbre del derecho vigente, la existencia de una gran cantidad de normas y, más importante aún, un exceso de opiniones doctrinales que aconsejaban la codificación²⁵.

La base teórica que sirvió de sustento a la codificación del derecho privado fue la diferenciación de diversos derechos subjetivos que eran asumidos como evidentes (axioma). A partir de ellos se sistematizan y ordenan racionalmente los diversos elementos y consecuencias que pueden extraerse de estas ideas generales²⁶. La idea del derecho

²² *Ibidem*, p.142.

²³ Rodolfo ARANGO, *Derecho, Constitucionalismo ...*, op. cit., p. 69.

²⁴ Período que según señala Cattaneo se caracteriza por el racionalismo en el derecho natural y el voluntarismo en el derecho positivo, ver Mario CATTANEO. *Iluminismo e Legislazione*. Edizioni di Comunità, 1966, p. 13.

²⁵ Carlo CANATTA. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Edit. Tecnos, Madrid, 1996, p. 177.

²⁶ Alfonso RUIZ MIGUEL. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Editorial Trotta, 2002, pp. 270-275.

privado se vincula directamente con los supuestos dogmáticos de la época: la voluntariedad del pacto, con el énfasis individualista, y el rol de la voluntad como causa de las obligaciones con la única limitación del *pacta sunt servanda* (cumplir lo acordado).

Por su parte, la sociedad política que construyen las personas es regida por normas que se consagran en un texto, que llamamos Constitución²⁷. El objeto del acuerdo ya no es privado, sino público, pero las bases sobre las que se construye son las mismas. Un conjunto de principios, instituciones coherentes destinadas al cumplimiento de estos principios que lo inspiran.

4. LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO FUNDAMENTOS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Los derechos del individuo, entendidos como derechos inalienables y anteriores al Estado, son la base sobre la cual se construye toda la sistematicidad del proyecto codificador. Los derechos reconocidos en ese momento -libertad, igualdad, propiedad- se reflejan en todas y cada una de las instituciones legales de la época, las que no podían ser contradictorias con dichos postulados esenciales.

La sistematización dice relación con la construcción de un sistema lógico fundado racionalmente y en el que existe un solo intérprete, el legislador²⁸. Toda la legislación debía ser resumida en pocos principios.

Finalmente, los derechos subjetivos corresponden a los derechos que se reconocen en la legislación y que el individuo, por la sola condición de tal, puede exigir del Estado, encontrándose éste obligado a respetarlos. El Estado reconoce y garantiza estos derechos a través de las normas contenidas en las leyes.

Las ideas que primaron en el constitucionalismo de fines del s. XVIII y s. XIX fueron muy similares a las que inspiraron el proceso codificador. Destaca el principio de una ley ordenadora, esto es, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad; la exigencia de someter a límites preestablecidos al poder

²⁷ Gioele SOLARI. *La filosofía del derecho privado*. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1946, vol. I, p. 17.

²⁸ “La sola interpretazione legittima per l’Illuminismo è quindi l’interpretazione autentica. Uno dei cardini della concezione giuridica illuministica è perciò la rigida difesa della certezza del diritto” (M. Cattaneo. *Illuminismo* ..., op. cit., p. 16).

político y con ello lograr garantizar ciertas libertades individuales; y la búsqueda de la seguridad jurídica mediante el conocimiento general que permite un texto escrito²⁹.

Esta manifestación de voluntad que funda y legitima la organización social y el poder, se expresa en la idea de pacto social³⁰. Este consiste en la renuncia que efectúa cada individuo a los derechos de que es titular en el estado de naturaleza y el posterior traspaso de estos a la sociedad y específicamente al ente político que manifiesta esta organización: el Estado. Por otra parte, esta idea de pacto como constitutivo del Estado, da origen al constitucionalismo, el que construye una estructura política sobre la base de la expresión y articulación sistemática de la voluntad general³¹.

Desde sus inicios, el sistema normativo constitucional de derechos individuales se ha visto enfrentado a dos preguntas:

a) ¿cuál es el lugar que ocupan los derechos en la estructura constitucional? y,

b) ¿cuáles son los mecanismos idóneos para estructurar el aparato de poder público?

Resolver estas cuestiones es, precisamente, la expresión de la Constitución como un acto soberano del pueblo, donde ya no es la autoridad monárquica la que otorga ciertos privilegios o concesiones (muy propio de los siglos XIII al XVII), sino que es una forma de poder popular, que se expresa de manera clara en la Constitución norteamericana en su famoso "Nosotros el pueblo (We the people)". La Constitución, por tanto, es un acto soberano donde el pueblo se da su estructura de organización, determinando cuáles son los derechos mínimos que la autoridad está obligada a respetar y garantizar y cuál será la forma en que se organizará el poder público, el campo de actuación legítimo de las reglas de mayorías, cuáles serán sus instituciones, las competencias y funciones, las formas de control, mayoritarios y contramayoritarios, los "pesos y contrapesos", para seguir con la nomenclatura norteamericana.

Este es el debate que estará presente cualquiera sea la forma que adopte la discusión constitucional en Chile.

²⁹ A. Ruiz Miguel, *Una filosofía ...*, op. cit., pp. 275-276.

³⁰ Para algunos autores, et. al, Hobbes, Spinoza, Kant, lo consideran una idea regulativa al servicio de la justificación más o menos completa del Estado; otros como Locke, Pufendorf y Rousseau, lo conciben como una realidad histórica, ya sea expresa, táctica o futura (Alfonso RUIZ-MIGUEL. *Curso de Filosofía del Derecho*. Programa de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid, curso 2000-2003, pp. 48-49).

³¹ Francisco TOMAS y VALIENTE. *Manual de Historia del Derecho Español*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 422.

5. ¿CUÁLES SON LOS TEMAS QUE DEBE RESOLVER LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Lo que nos interesa es cómo se organiza el sistema de derechos en una Constitución y por tanto, cuáles son los temas sobre los que deberemos discutir para llegar a una nueva Constitución en Chile.

En América Latina el proceso revolucionario norteamericano y francés tuvo un gran impacto en el desarrollo institucional de las nuevas repúblicas. El constitucionalismo se manifestó en Latinoamérica a través de textos que consagraban largos y completos catálogos de derechos, los que en una gran mayoría eran meras declaraciones formales alejadas de la realidad y sin mecanismos concretos que le permitieran influir en la toma de decisiones de la estructura estatal³².

En el siglo XX este proceso tiene un giro que marca el debate hasta la actualidad. Concretamente en Alemania con el desarrollo de la República de Weimar. Aquí, el constituyente consagró un amplio catálogo de derechos, aunque muchos de ellos con remisión a la ley, para ser desarrollados por ésta³³. De esta forma, la Constitución recogía los derechos, pero no los desarrollaba. Este es un modelo a discutir, cuánto debe estar desarrollado en la Constitución y cuánto debe quedar para desarrollos legales.

La propia Constitución de 1980, pese a su visión restrictiva en materia de derechos³⁴, no pudo escapar a la configuración de un catálogo de derechos, aunque limitado a derechos de contenido negativo y con derechos económicos y sociales no desarrollado desde el principio de igualdad, sino que desde el principio de libertad de elección, además un texto constitucional sin los mecanismos adecuados para su garantía efectiva de todos los derechos³⁵.

En resumen, podemos sostener que tanto un acercamiento teórico como uno histórico permiten concluir que la consagración de los derechos individuales ha estado en el centro

³² Para un completo análisis de este proceso, ver Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Las funciones del Derecho en América Latina” (1992). En su: *Derecho, Ética y Política*. Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 201-234 (225-234).

³³ Pedro CRUZ VILLALON. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25, Madrid, 1989, p. 57. Roberto GARGARELLA. *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Siglo XXI, España. 2005.

³⁴ Claudio NASH. “Derechos Fundamentales: La Reforma Pendiente a la Constitución Chilena de 1980”. En: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Nos. 217-218, año LXXIII, 2005 (publicado 2007), pp. 119-146.

³⁵ C. NASH, *La Concepción ...*, op. cit., cap. VI.

de las preocupaciones del constitucionalismo comparado. Nuestro futuro debate constitucional debiera estar en esta línea.

6. ¿CÓMO SE POSITIVIZAN LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN?

Como hemos visto, una de las cuestiones centrales en todo proceso constitucional es definir si se van a consagrar derechos subjetivos individuales con rango constitucional. Lo normal en el constitucionalismo comparado es resolver esto afirmativamente, esto es, tomando la decisión de "atrincherar" en la Constitución ciertos derechos y libertades. Una vez que se ha tomado la decisión de consagrar derechos en la Constitución, es necesario contestar ciertas preguntas básicas:

- a) ¿cuáles derechos se consagrarán con rango constitucional? y,
- b) ¿cuál es la mejor forma para su consagración de modo que sean efectivos en el ámbito interno?

La primera de estas preguntas obedece a una definición política constitucional básica: ¿qué categoría de derechos será consagrada y, dentro de cada una de ellas, cuáles derechos en concreto y de qué forma serán reconocidos? Estas son cuestiones que deben ser debatidas y no hay respuestas únicas. Cuando se plantea que las constituciones "deben" ser mínimas, eso no es sino una posición, no es la única respuesta posible. Esta es una cuestión relevante en Chile ya que se alzan voces en este sentido, derechos mínimos o solo procedimientos y no derechos, como si fueran las únicas opciones correctas a decidir. El debate es amplio y es un ejercicio colectivo decidir qué dejaremos fuera del debate de mayorías y minorías porque nos parece especialmente valiosa su protección en este momento constitucional.

La segunda pregunta se vincula con una decisión institucional sobre **cuál es el mejor modalidad** para dicha consagración. Destacan como opciones la de establecer un catálogo de derechos (forma tradicional); la creación de otros textos que los contengan; derechos que se encuentren consagrados en distintas partes del texto constitucional o su consagración a través de ciertos principios generales, entre otras formas.

En el debate chileno será importante definir **qué derechos** serán consagrados constitucionalmente. No parece suficiente pensar solo en que deban ser constitucionalizados los clásicos derechos de libertad negativa, esto es, derecho de protección de las libertades básicas frente al poder del Estado. En esta categoría, normalmente son incluidos los derechos de libertad personal, derecho a la vida, debido proceso, libertad de expresión, entre otros. Además, se debiera considerar la positivización

de otros derechos, que tradicionalmente se conocen bajo la denominación de derechos económicos, sociales y culturales. Entre estos, están los derechos de salud, educación, vivienda, seguridad social, laborales, entre otros. Asimismo, se debieran consagrar constitucionalmente derechos de raigambre participativa, esto es, derechos de participación política que van más allá de la posibilidad de elegir y ser elegido; de esta forma, debiéramos discutir formas de participación directa (plebiscitos, iniciativa legal ciudadana, entre otros) y formas de participación en decisiones que afectan directamente a ciertos sectores de la sociedad, sea territorialmente o a partir de las condiciones de ciertos grupos sociales (pueblos indígenas y tribales).

En este sentido, la discusión sobre los derechos es dar cuenta de la forma en que visualizamos a los individuos hoy en día, como sujetos libres, iguales e integrados en procesos colectivos relevantes. No podemos olvidar que en la Constitución estamos consagrando aquellos espacios de dignidad humana que no estamos dispuestos a que queden sujetos al juego de las mayorías y minorías.

Además, debe ser parte de la discusión constitucional resolver si también serán recepcionados derechos específicos correspondientes a grupos en situación de marginación y exclusión social. Aquí cobra mucha relevancia, por ejemplo, si un futuro acuerdo constitucional considerará los derechos de pueblos indígenas, cuál será la forma de su reconocimiento, cuáles derechos colectivos les serán reconocidos y cómo serán garantizados.

Pero el catálogo de derechos no es la única cuestión relevante resolver en este campo. También será necesario establecer los correspondientes **principios básicos** del sistema a partir de los cuales los derechos individuales serán desarrollados en un sistema constitucional complejo. De esta manera, será parte de la discusión constitucional establecer la dignidad del ser humanos como el centro de la actividad del Estado, consagrar que Chile es un Estado Social y Democrático de Derecho, y, a lo menos, establecer una cláusula general de no discriminación que permita a futuro la adopción de medidas de carácter afirmativo para lograr mejoras en materia de igualdad real o material en el país.

Estos principios son muy importantes ya que a partir de la Constitución irradian la estructura social, política y jurídica en su totalidad. No estamos ante meras declaraciones, sino que estamos definiendo criterios que servirán de base para legislar, desarrollar políticas públicas y decidir judicialmente.

En definitiva, al momento de discutir la constitución se debe discutir qué derechos consagrar, de qué forma los vamos a consagrar, los principios que ordenarán el sistema de derechos y el sistema de poder. Estas son cuestiones centrales y deben ser objeto de un

amplio debate. Las respuestas seguramente serán mixtas, algunas cuestiones deben reflejar nuestra realidad y otras deben ser el punto de partida para su transformación.

7. ¿CÓMO SE PROTEGEN LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN?

Es compartida la idea de que los derechos fundamentales cumplen una doble función en una sociedad democrática: por un lado una función objetiva, en cuanto se les asigna un papel como elemento legitimador tanto del sistema jurídico como del sistema político democrático. Por otro, cumplen una función subjetiva, en tanto tienen un rol en la protección del mandato normativo contenido en dicho estándar normativo³⁶.

Las funciones de los derechos fundamentales no pueden quedar desligadas de su efectiva realización. No tiene sentido asignar una serie de funciones a estos derechos en un sistema normativo si no se establecen mecanismos que hagan efectiva su vigencia. Por tanto, los mecanismos de garantía son parte esencial de la concepción de derechos fundamentales propia del constitucionalismo contemporáneo³⁷.

La garantía de los derechos fundamentales puede darse por vía no jurisdiccional a través de la propia normativa y también a través de ciertos órganos administrativos que pueden tener incidencia en su control. Estas garantías podrán ser utilizadas para controlar la actividad del Estado respecto de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. Dentro de las garantías normativas están las regulaciones sobre limitaciones de derechos (restricciones y suspensiones de derechos) y ciertas instituciones normativas (núcleo esencial de los derechos), entre otras. En cuanto a los órganos que pueden tener impacto destacan instituciones tales como Defensorías del Pueblo (u Ombudsman), Ministerios Público, Defensorías Públicas, Consejo Transparencia, Consejo Electoral, entre otras.

En el caso de las garantías jurisdiccionales, estas, conceptualmente, debieran verse reflejadas no solo en los órganos y procedimientos (principalmente recursos y procedimientos jurisdiccionales), sino que también en las prácticas jurisprudenciales. Contar con un recurso que ampare los derechos constitucionales que sea rápido y efectivo es vital para que los derechos no sean meras declaraciones programáticas; asimismo, contar con un recurso de hábeas corpus efectivo es vital en perspectiva histórica pero también como una necesidad actual³⁸. No siempre damos la importancia suficiente a este debate y

³⁶ Karl HESSE. “El significado de los derechos fundamentales”. En: BENDA (et. al), *Manual de Derecho Constitucional*. Evap-Marcial Pons, Madrid, 1996.

³⁷ C. NASH. *La concepción ...*, op. cit., cap. VIII.

³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), arts. 25.1 y 7.6.

en un futuro escenario de discusión constitucional debemos estar atento a la forma que adquieren estos mecanismos de protección jurisdiccional.

Un tercer tipo de garantía es la internacional. Al igual que en el ámbito nacional, en el internacional también se han diseñado mecanismos de garantía jurisdiccional y no jurisdiccionales. En el ámbito de los mecanismos de garantía internacional, los instrumentos de derechos humanos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los procedimientos, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales³⁹. Estos mecanismos jurisdiccionales dicen relación con la posibilidad de proteger los derechos humanos a través de mecanismos de control internacional por medio de un proceso contencioso internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de estos.

En suma, los mecanismos de garantía de los derechos son variados y dependen del tipo de derechos que queremos proteger. En el debate constitucional no puede estar ausente la garantía de derechos, pero esta no debiese limitarse al tema jurisdiccional, debe ser más complejo y abarcar los temas orgánicos, políticos, internacionales, entre otros.

8. RELACIONES CON NORMAS DE ORIGEN INTERNACIONAL

Tener claramente establecido cuál es el marco general de derechos que serán "atrincherados" en la Constitución, principalmente, en su catálogo de derechos, no es el final del debate sobre derechos en una nueva Constitución. Hay a lo menos dos cuestiones relevantes que resolver: la relación con las normas de origen internacional en materia de derechos humanos y la forma en que los derechos consagrados constitucionalmente se relacionarán con la estructura de poder de la parte orgánica de la Constitución⁴⁰.

En materia de derechos fundamentales la decisión sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno se ha transformado en un tema central de discusión. En efecto, si bien el derecho internacional no dispone sobre el tema de la incorporación, ni de la jerarquía con la que deben ser incorporados los instrumentos

³⁹ C. NASH. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México. 2009, cap. II.

⁴⁰ C. NASH. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago-Chile. 2012.

internacionales, los Estados deben tomar decisiones institucionales coherentes con el cumplimiento de buena fe de esta normativa y así lograr un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales⁴¹.

Por ello, al plantearse el tema de la recepción constitucional de los estándares sobre derechos subjetivos individuales que limitan el poder del Estado, parece necesario dejar claramente resuelto este tema de la relación con el derecho internacional de los derechos humanos. Uno de los aspectos involucrados, será determinar qué lugar ocupan las normas internacionales de derechos humanos en la jerarquía normativa chilena y cuál es el rol que se le asigna a la jurisprudencia emanada de los órganos de control en la resolución de casos de alcance constitucional a nivel local⁴². A nivel comparado no hay un modelo único, pero en Chile parece ser necesario dejar claramente establecido el carácter constitucional de las normas de origen internacional en materia de derechos humanos para evitar interpretaciones restrictivas como las que frecuentemente ha desarrollado el Tribunal Constitucional chileno con el actual modelo constitucional.

A estas alturas del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es necesario resolver adecuadamente esta relación en la Constitución para poder hacerlos efectivos en el ámbito interno y no sean solo quimeras.

9. RELACIÓN DE LOS DERECHOS CON LA ESTRUCTURA DE PODER

Un segundo tipo de relaciones que deberá ser resuelta constitucionalmente es la forma en que el sistema de derechos constitucionales se articulará con la parte orgánica de la Constitución, esto es, con la estructura de poder estatal⁴³. Se puede afirmar que, en un plano teórico, la idea de los derechos fundamentales es uno de los ejes que determina las bases de la convivencia y de la legitimidad de la institucionalidad democrática⁴⁴. Tanto es así que se ha vinculado la idea misma del Estado Constitucional con ese fin garantista de los derechos individuales. En este sentido, comparto la opinión de un destacado autor quien nos señala “ese fin [el de la constitución] no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: *asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre*”⁴⁵.

⁴¹ Ariel DULITZK. “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”. En: *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica, 1996.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Roberto GARGARELLA. “El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010)”. En: *Revista Gaceta Constitucional* (48). 2011. Págs. 289-305.

⁴⁴ Para una visión crítica a este planteamiento y que sostiene una visión procedimental de la democracia y por tanto de la propia Constitución, ver la discusión *infra* Capítulo VII.

⁴⁵ Germán BIDART. *Los derechos del hombre*. Filosofía, constitucionalización, internacionalización. Ediar, Argentina, 1974, p. 93.

Para que este rol central de los derechos en un sistema constitucional sea realidad, obliga a revisar la forma en que se consagra el poder en los distintos órganos y vincular sus competencias y funciones con la idea del cumplimiento de los derechos humanos. Ningún órgano del Estado debiera poder sentirse legitimado si no es a través del pleno respeto de los derechos consagrados constitucionalmente. La propia idea de controles horizontales y los contramayoritarios debieran estar definidos en el propio texto constitucional en relación con los derechos consagrados constitucionalmente.

Esta relación armónica entre derechos y estructura de poder, debiera verse reflejada, por ejemplo, en las funciones de los poderes judicial y legislativo, en las distintas expresiones del poder de la rama ejecutiva, pero también en las funciones y competencias de órganos autónomos, como Fiscalía Nacional, Consejo Transparencia, Consejo Electoral o cualquiera otra forma de estructura y nomenclatura que adopte el poder en la nueva Constitución.

10. CONCLUSIÓN

Lo que está en juego al resolver la cuestión de los derechos humanos en la futura Constitución es el centro del debate constitucional. A partir de la forma en que se resuelva el tema de los derechos fundamentales estaremos dando, o no, sentido a una Constitución *de todos y todas, para todos y todas y por todos y todas*.
