

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 1. ANTIGÜEDAD CLÁSICA: GRECIA Y ROMA

Ya en la Antigüedad Clásica encontramos ideas acerca de que a los individuos les corresponden ciertos derechos. Sin embargo, desde entonces, la noción de los derechos que puedan tener los individuos de la especie humana ha experimentado cambios y adquirido rasgos particulares, a tal punto que, en la forma en que los entendemos hoy, es muy probable hubiesen aparecido como extraños o irreconocibles para un pensador del siglo III a. C. Las diferencias pueden reducirse a dos: el modo en que se entienden y reconocen estos derechos, y el universo de individuos a los cuales se extienden.

En Grecia no existe una noción de derechos del individuo en el sentido moderno. De hecho, la idea misma del individuo se diluye en la polis, en la organización política. No se concibe un desarrollo personal fuera de ella, y por lo mismo, los conceptos de libertad, como los que encontramos en Aristóteles, sólo se entienden como libertad *dentro* de la organización política, del ciudadano en cuanto integrante de la misma, y no *respecto* de la organización política¹. Por otra parte, la libertad y los derechos sólo son de algunos, a quienes hoy llamaríamos ciudadanos; hay extensos sectores de la población que no son reconocidos como titulares de derechos e, incluso, llegan a ser reducidos a la esclavitud. Algo similar va a ocurrir en Roma, donde la organización política y jurídica se basa en la distinción entre la potestad pública y la potestad del *pater*, que es una potestad privada con un grado históricamente variable de autonomía respecto de aquélla. De ello resulta que los individuos no tienen sino los derechos que les corresponden de acuerdo a su ubicación en este ordenamiento: puede darse, incluso, la situación de un ciudadano, hombre libre respecto de la potestad pública, pero sometido

¹ Una lectura clásica sobre este tópico la constituye el discurso de Benjamín CONSTANT (1861).

do a la patria potestad y, en esa medida, con posibilidades de ver restringida su libertad².

§ 2. ESTOICISMO E INDIVIDUO

En este contexto, la Escuela Estoica, nacida en Grecia y difundida en Roma, significó un cambio importante en la concepción del individuo. Al centrar su atención en el hombre, en el control sobre su voluntad, y pregonar como parte de la perfección ética un grado de indiferencia respecto de las circunstancias externas, los accidentes de la vida, la *Stoa* prepara el camino a una noción de individuo que existe con independencia de la organización política, y cuyas posibilidades de desarrollo pleno no se agotan en aquellas que tiene en su calidad de integrante de la comunidad política. El Estoicismo predica una igualdad esencial de todos los seres humanos, esencia dada por la racionalidad y la libertad anejas a todo individuo de la especie, y afirma la existencia de una comunidad universal de todos los seres humanos sobre la base de esta igualdad. Dicha igualdad tiene a su vez una dimensión ética, en cuanto su reconocimiento conlleva un imperativo de solidaridad común, una ley que reposa en la razón que la naturaleza ha dado a todos los hombres. Por último, esta corriente filosófica afirma que el orden político se basa en un acuerdo de los individuos respecto del derecho, fundándose la autoridad en este derecho y en el respeto a la ley natural, en el sentido de racionalidad mencionado³.

§ 3. EDAD MEDIA

Estas ideas del Estoicismo, que se anticipan en algunos siglos a modernas concepciones sobre los individuos, sus derechos y la organización política, no se reflejaron ni en la realidad de su tiempo, ni en la que sigue a la caída del Imperio Romano de Occidente. Tampoco tuvo mayor influencia el pensamiento medieval, dentro del que destaca Santo Tomás de Aquino (1225-1274), uno de los pri-

² Alejandro Guzmán ha propuesto que el derecho ha reconocido desde siempre "...los bienes éticos subyacentes en los más importantes de los que hoy llamamos derechos humanos" GUZMÁN BRITO (1987) p. 78. De acuerdo a esta tesis, los ideales modernos en materia de derechos del hombre sólo diferirían de los de la Antigüedad en su "armazón jurídica". La discusión puede quedar abierta: pero una lectura de las fuentes que aporta lleva a una conclusión más discreta, a saber, que en la Antigüedad existieron ciertas convicciones o principios morales moderadores de las facultades que podían ejercerse sobre determinados individuos que eran considerados verdaderos objetos. Del mismo modo, hoy no es necesario dar a los animales la calidad de sujetos de derecho para predicar respecto de ellos ciertos deberes de conducta, por ejemplo, la prohibición de tratos crueles.

³ Tanto para la exposición en esta parte, como en lo que respecta a la conclusión, cfr. CARLYLE y CARLYLE (1962), pp. 3-10.

meros pensadores en unir las ideas aristotélicas y las estoicas con el pensamiento cristiano. Santo Tomás distingue como parte de la personalidad de cada ser humano (*dignitas humana*) su vida, su libertad y el ámbito de las cosas a su servicio y uso, contra las cuales no puede proceder el gobernante. La dignidad del hombre es una condición ética que, si bien innata, puede disminuirse por el propio comportamiento individual. Todo hombre es *naturaliter liber et propter se ipsum existens*⁴, aún cuando no generaliza su pensamiento a todo individuo, ya que esta noción no se aplica ni a las mujeres, a los esclavos, ni a los herejes (no creyentes)⁵. Según el Aquinate, actúa de manera injusta el príncipe que ataca la vida o la libertad de sus súbditos.

En contraste con estas nociones, el orden feudal y los primeros tiempos del Estado moderno se construyen sobre la base de una desigualdad institucionalizada. La posición de los individuos en este orden, y sus correspondientes derechos, están dados por su pertenencia a alguna categoría o grupo social, que gozará de ciertas facultades y libertades, de determinados privilegios o franquicias, desarrollados a lo largo del tiempo. Son estatutos adscritos a un pueblo (francos, sajones, etc.), a un estamento (nobleza, clero), a lugares específicos (fueros o libertades de determinadas ciudades), a determinadas corporaciones (vg. gildas o gremios), o a determinados vasallos, producto de sus específicos lazos vasalláticos. Estos derechos son el resultado de la costumbre, o de ciertos pactos específicos, y son reconocidos y fijados, en función de certeza, en cartas de privilegios o cartas forales de marcado carácter corporativo. La Carta Magna, usualmente mencionada como uno de los hitos en el desarrollo de los derechos del hombre, no es sino un ejemplo de la consagración de esta desigualdad. Los derechos que ella reconoce son, en principio, derechos del clero, de los barones y de la ciudad de Londres. Por excepción se reconocen ciertos derechos a todo hombre libre⁶, como por ejemplo, los derechos judiciales en su cláusula 39. Otras cartas de libertades se difunden por la Europa de la época: León (1188), Dinamarca (1282), Bélgica (1316), Brabante (1356), etc., y siempre con carácter estamental: son libertades de una clase o grupo, no de los individuos en cuanto personas.

Otro autor de este período que vale la pena mencionar es Giovanni Picco conde de Mirandola (1463-1494). A partir de la facultad racional del hombre señala, como su característica distintiva, la capacidad de elegir libremente su des-

⁴ "naturalmente libre y existente por sí mismo", Santo Tomás, *Summa Teológica*, II IIae, quaestio 64, a. 2.

⁵ STERN (1988), p. 61.

⁶ La referencia conduce a error si no se tiene presente que la proporción de hombres libres en la Inglaterra del siglo XIII era una parte bastante pequeña de la población.

tino, la capacidad de tomar conciencia de sí mismo y de determinarse. En esto consistiría su dignidad, a la cual dedica una Oración que amerita una cita por su belleza⁷:

§ 5 (17-23) “El Gran Artesano ordenó que esta criatura, que no recibirla nada propio a sí mismo, compartiese la naturaleza de todo lo concedido a las demás criaturas. Hizo al hombre de naturaleza indiferente e indeterminada y, poniéndolo en medio del mundo, le dijo: Adán, no hemos fijado tu lugar para vivir, ni ninguna forma que te sea peculiar, ni ninguna función que sea sólo tuya. De acuerdo a tus deseos y a tu juicio, tendrás y poseerás cualquier lugar para vivir, cualquier forma, cualquier función que elijas. Todas las demás cosas tienen una naturaleza ordenada y limitada por nuestras leyes. Tú, sin límites ni ataduras, podrás elegir por ti mismo los límites y ataduras de tu naturaleza. Te hemos puesto al medio del mundo para que puedas vigilar todas las cosas. No te hemos hecho de material terrenal ni divino, ni mortal ni inmortal, de tal modo que en plena libertad y dignidad, te transformes en aquello que decidas. A ti te es concedido degradarte en las más bajas formas de vida, las bestias, o bien, gracias a tu juicio e intelecto, renacer en forma más elevada, la divina.

§ 6 (24-31) ¡Imaginad! ¡La enorme generosidad de Dios! La felicidad del hombre! Al hombre le es permitido ser lo que elija ser. Tan pronto como un animal nace, trae consigo, desde el vientre de su madre, todo lo que él alguna vez poseerá. Los seres espirituales, desde sus inicios, son lo que serán por toda la eternidad. Al hombre, desde que entra a vivir, le son concedidas por el Padre las semillas de todo tipo, toda forma de vida posible. Cualquier semilla que el hombre siembre y cultive crecerá y le dará su propio fruto. Si las semillas son vegetativas, será como una planta. Si son sensitivas, será como un animal. Si son intelectuales, será como un ángel y un hijo de Dios. Y si su alma no se satisface con ninguna de las cosas creadas, y se mueve el mismo hacia el centro de su propia unidad, su alma espiritual, unido con Dios, solo en la oscuridad de Dios, que está sobre todas las cosas, él superará toda cosa de la creación.

§7 (32-33) ¿Cómo podría alguien sino admirar a este gran camaleón? De hecho, ¿cómo podría uno admirar cualquier otra cosa?”

§ 4. TIEMPOS MODERNOS

Es en el siglo XVI donde tres corrientes de pensamiento van a confluir para sentar los fundamentos de la moderna noción de derechos humanos: la Escolástica Tardía (o Segunda Escolástica), la Reforma Protestante y la doctrina de los Monarcómacos⁸.

La Reforma va a provocar el debate respecto de la libertad religiosa y, a la postre, su reconocimiento. Esta libertad no se reconoce inicialmente como derecho de los individuos, sino que exclusivamente como la opción, para el príncipe,

de elegir entre el culto católico y el luterano (*ius reformandi*). No obstante este limitado alcance inicial, el debate en torno a ella se extenderá al tema de la tolerancia y, comenzando por los Países Bajos, derivará en definitiva hacia la idea de libertades individuales respecto de las cuales el Estado no debe intervenir. Así, por ejemplo, el hombre debe ser libre de emigrar en búsqueda de territorios en que pudiese ejercer libremente su culto; no es lícito distinguir por razones religiosas en el acceso a cargos públicos; es lícito adoctrinar o enseñar de acuerdo a la propia fe; se encuentra fuera del ámbito de actuación lícita del Estado la imposición de deberes religiosos, o la intromisión en el hogar para constatar el ejercicio de un culto privado no autorizado, etc. Georg Jellinek, en su obra *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*⁹, sostuvo que la evolución de la libertad religiosa a partir de las controversias confesionales en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII, entre anglicanos, congregacionistas y presbiterianos, constituía el punto de partida de la consagración legislativa de los derechos individuales en sentido moderno. Si bien posteriormente esta tesis ha sido discutida, resulta irrefutable que la relación del individuo con el Estado va a ser redefinida a partir de la Reforma Protestante. De este modo, de una manera correlativa a los puntos discutidos con ocasión de la libertad religiosa, es posible encontrar en ella el origen, inmediato o remoto, de una serie de derechos capitales dentro del catálogo de los derechos de la persona: libertad ambulatoria, igualdad ante los cargos públicos, libertad de enseñanza, libertad de culto, inviolabilidad del hogar, etc.

La Escolástica Tardía trae consigo el pensamiento de Francisco de Vitoria (ca. 1483-1546) quien va a sostener la existencia de ciertos derechos naturales y la libertad e igualdad natural de todos los hombres. Fernando Vázquez (1509-1566) profundizará esta noción desde un punto de vista secular y caracterizará estos derechos de la naturaleza humana como inalienables e imprescriptibles. Francisco Suárez (1548-1617), por su parte, expresará con claridad la idea de derechos innatos como opuestos a aquellos que el hombre puede adquirir¹⁰.

Por su parte, los Monarcómacos franceses y escoceses sostienen ideas que implican el resurgimiento de otra de las vertientes ya presentes en el pensamiento estoico: el gobernante está sometido a leyes fundamentales que emanan de un acuerdo con el pueblo (y no con los estamentos, como era el pensamiento predominante hasta entonces). Esta postura no alcanza a ser una idea con el contenido

⁷ *Oratio de hominis dignitate*. El párrafo transcrito es una versión libre (y con cierta licencia poética) de la traducción al inglés del original en latín, original que puede encontrarse en el anexo de esta obra.

⁸ Suscribo en este punto el pensamiento de STERN (1988). Este párrafo y el siguiente se citan parcialmente a su exposición en pp. 64 y ss. de esa obra.

⁹ JELLINEK (1984), con la crítica de E. Boutmy y la réplica de Jellinek.

¹⁰ “Duplex enim in homine dominum distinguit potest. Unum est naturale et *innatum*, alterum ab hominibus introductum, et per voluntatem humanam aliquo modo *acquisitum*” citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (1994), p. 52, nota 7. La cursiva es de García de Enterría.

del moderno constitucionalismo: pero resulta fácil comprender su influencia en el lugar relevante que, posteriormente, van a asumir los derechos de la persona como objeto de un deber de respeto por parte del gobernante, deber que constituye el fundamento de su autoridad. De esta forma, se vincula el pensamiento sobre los derechos individuales con la idea de normas que constituyen el basamento del poder público, de las cuales no puede apartarse.

§ 5. DERECHO NATURAL Y CONTRACTUALISMO

El siglo XVII va a traer consigo el paso definitivo al fundamento moderno de los derechos del hombre sobre la base de dos pilares: la idea del derecho natural racional y el pensamiento contractualista.

Altusio (Johannes Althusius, 1557-1638) desarrolla en su *Politica methodice digesta* (1603) la teoría de la soberanía real de Bodino hacia una teoría de la soberanía de la comunidad, organizada de manera corporativa, en la cual la comunidad y el poder sólo tienen por fundamento el consentimiento de los asociados y gobernados, respectivamente. Su obra será especialmente desarrollada por Ulrich Huber (1636-1694) en su *De iure civitatis libri tres* (1674), con expresa referencia al derecho de protección de la personalidad, la propiedad, la libertad de expresión y el seguimiento de los mandatos divinos. El holandés Hugo Grocio (Hugo Grotius, 1583-1645) se ocupa fundamentalmente de problemas de Derecho Internacional en sus obras *De iure praede commentarius* (1604) y *De iure belli ac pacis libri tres* (1625). En ellos postula la idea de derechos connaturales al hombre y derivados de su racionalidad. Samuel Pufendorf (1632-1694) es otro nombre que sobresale en este desarrollo. En su obra *De iure naturae et gentium* (1672) destaca la autonomía moral del ser humano y su condición de titular de dignidad. El hombre sólo alcanzaría su plena libertad dentro de un orden estatal, cuya primera función es proteger los derechos de la persona, gracias a la regulación, por la ley, de estos derechos y las correlativas obligaciones de los individuos.

En el ámbito anglosajón nos encontramos con el pensamiento de los ingleses Thomas Hobbes (1588-1679), en su *Leviathan*, y John Locke (1632-1704), en su *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, quienes se caracterizan por explicar el fundamento del poder del Estado a partir de una idea de igualdad previa, ya sea de hecho (Hobbes), ya sea en derechos (Locke), pero en todo caso anterior, conceptualmente, al orden estatal. Según Locke, estos derechos son la vida, la libertad, y la propiedad¹¹, y el gobierno civil surge o al menos se fundamenta en

un acuerdo de los gobernados que ceden su libertad natural a cambio de una libertad civil, bajo un gobierno y unas leyes que existen para la protección de los derechos, siendo la medida de su legitimidad el grado en que cumplen con esta finalidad. De este modo quedan indisolublemente unidos, por una parte, la idea de ciertos derechos inherentes del hombre, que son el objeto de un deber de protección por parte del Estado (*government*) y por otra la noción misma de Estado, cuya existencia se justifica en el cumplimiento de dicho deber. Comentando el aporte de Locke, señala el autor español García de Enterría: "...la libertad individual no sólo es el origen de la sociedad, sino, a la vez, justamente, su finalidad última. A la vez: la libertad dejará de ser una simple "franquicia" frente al poder, una reducción o un límite a ese poder, ineludible o fatal y siempre ajeno; pasa a ser precisamente el objeto de éste. Se ha operado de este modo una trascendental operación dialéctica en virtud de la cual la libertad individual ha pasado a ser el mismo cánón de la vida colectiva"¹². Es en esta perspectiva que los derechos del hombre adquieren, en un sentido propio del Constitucionalismo, el carácter de derechos fundamentales.

§ 6. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALISMO

Las ideas anteriormente expuestas influyeron, sin duda, en la evolución de los respectivos institutos de derechos y libertades públicas: pero no puede identificarse esta evolución, sin más, con sus antecedentes filosóficos. En este punto adquiere relevancia decisiva el contexto histórico que condiciona las particularidades de cada uno de los sistemas de referencia para el pensamiento constitucional: el inglés, el norteamericano y el francés. La importancia de la distinción radica en el hecho de que estos tres sistemas presentan diferencias en la forma de entender y asegurar los derechos, en los contextos en que se da la protección y en la finalidad de la misma. De este modo, al tratar el tema de los derechos del hombre es necesario considerar desde un principio que estas tres ramas no se desprenden de un tronco común, sino que responden a nociones y desarrollos originalmente diferenciados.

A nivel del pensamiento político, puede encontrarse un nexo común en Montesquieu, que toma elementos del constitucionalismo inglés para estructurar la premisa básica que relaciona derechos del individuo, entendidos como libertad, con la necesidad de la división del poder y la separación de poderes, para garantizar la misma, idea que va a ser considerada por los *Framers* norteamericanos al diseñar su sistema de frenos y contrapesos. Sin embargo, también en lo

¹¹ Esta tríada se remonta a la obra de EDWARD COKE, en el XVII (*Institutes*, 1642) y es posible que sus raíces correspondan a convicciones jurídicas desarrolladas en el Medievo inglés.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA (1994), p. 63.

tocante a este punto, estos tres sistemas se distancian ostensiblemente. Es así como el constitucionalismo francés estimará como elemento esencial de un orden constitucional la presencia tanto de la garantía a los derechos como la separación de poderes, mientras que EE.UU. en un momento inicial prescindirá absolutamente de aquélla, e Inglaterra tanto de declaraciones de derechos como de toda preocupación práctica por un reordenamiento de sus poderes tradicionales de acuerdo a un modelo de separación de los mismos.

§ 7. INGLATERRA: LOS VIEJOS Y BUENOS DERECHOS DEL PUEBLO INGLÉS

El modelo inglés se caracteriza por un avance gradual y sostenido tanto de los derechos reconocidos como del universo de sujetos a los cuales se les reconocerá su titularidad. A lo largo del tiempo, diríamos casi un milenio, los derechos reconocidos a las personas, originalmente privilegios o franquicias de los hombres libres directamente vinculados al rey (los barones), se van extendiendo paulatinamente y de manera efectiva a otros grupos o categorías de individuos. Los documentos que consagran estos derechos carecen de un carácter propositivo o innovador, no son un programa de lo que se estima debe ser respetado, sino que persiguen consolidar y asegurar conquistas ya alcanzadas en materia de derechos y libertades. La misma Carta Magna se entiende, no como una conquista frente al rey Juan, sino como una actualización y un compromiso de respeto de derechos y usos inmemoriales, compromiso que será reiterado en múltiples ocasiones con posterioridad. Usualmente presentada como el hito inicial en la evolución de los instrumentos de protección de los derechos humanos, la Carta constituye más bien una regulación de ciertos derechos que hoy tratamos como materias propias del Derecho Civil¹³, y reglas atinentes a costumbres y privilegios feudales¹⁴. Sólo disposiciones aisladas pueden considerarse como antecedente de preceptos sobre derechos de la persona, y, exceptuando una disposición sobre lo que hoy podríamos denominar libertad personal (la cláusula 42, el derecho a abandonar el reino y reingresar a él en cualquier momento) estos derechos tienen carácter judicial y de protección penal¹⁵, incluyendo garantías de organización y procedimiento, dentro de ellas el antecedente del derecho al debido proceso¹⁶. Destaca como principio dentro de la Carta aquél en virtud del cual el rey no puede percibir tribu-

tos sin autorización del Consejo Común del Reino (órgano antecesor del Parlamento)¹⁷ ni exigir expensas sin la correspondiente compensación¹⁸. En ningún caso se trata de derechos de los hombres, o de las personas, en general, sino solamente de aquellos que tuviesen las respectivas calidades que expresa la Carta. La referencia al “hombre libre” en este documento alude a una parte reducida de la población, siendo comparable a la denominación española de “hidalgo”.

La razón del reconocimiento que se ha dado en la historia a esta Carta puede explicarse porque, concedida a los nobles y primados de la Iglesia, la conciencia popular la consideró, con el tiempo, otorgada al mismísimo pueblo inglés, transformándose en uno de los pilares de los “buenos derechos y libertades heredados por el pueblo inglés”, los que con el tiempo se fueron extendiendo hasta abarcar a todos los individuos, al menos aquellos de origen inglés y, posteriormente, británico. Esta Carta fue confirmada en diversas oportunidades con posterioridad a 1215, por primera vez en inglés durante el reinado de Eduardo III, y fue invocada con frecuencia, incluso siglos después de su adopción, como lo demuestra la *Petition of Rights* de 1628. Este documento constituye una solicitud al Rey Carlos I, promovida por Edward Coke, a fin de que el monarca respetase los antiguos principios establecidos en la Carta Magna, que habían sido violados por el rey al establecer tributos y expensas no autorizadas por ley, al ordenar detenciones arbitrarias, forzar la mantención y alojamiento de las tropas distribuidas a lo largo del país y disponer juzgamientos por comisiones especiales bajo ley marcial.

La *Habeas Corpus Act* de 1679, la *Declaration of Rights* de 1688 y el llamado *Bill of Rights* de 1689¹⁹ se enmarcan en esta misma tradición. Esta última fue adoptada con ocasión de la declaración parlamentaria de vacancia del trono inglés por la huida de Jacobo II, y puesta como condición para el acceso a la corona a Guillermo de Orange y su cónyuge María. Este instrumento es frecuentemente citado en los textos de estudio, como ejemplo de antecedente del reconocimiento de derechos fundamentales. Se pasa por alto, con ello, que el contenido de esta ley tiene poco que ver con los derechos individuales: más bien contempla principios de organización política, a saber: a) la declaración de ilegitimidad del pretendido poder del rey para suspender la ejecución de las leyes aprobadas por el parlamento, o de librar leyes, sin su autorización; b) la ilegitimidad del cobro de impuestos sin autorización parlamentaria, o de su gasto en otros términos que los

¹³ Por ejemplo, sobre derechos de los guardadores y tutores: cláusulas 4^a, 5^a, sobre herencia y matrimonio: cláusulas 6^a, 7^a, 8^a; sobre derecho de obligaciones: cláusulas 9^a, 10^a, 11^a.

¹⁴ Ej.: cláusulas 16^a, 23^a, 25^a.

¹⁵ Ej.: cláusula 54^a.

¹⁶ Ej.: cláusulas 38^a, 39^a (antecedente de la garantía del debido proceso), 40^a, 45^a.

¹⁷ Ej.: cláusulas 12^a, 14^a.

¹⁸ Ej.: cláusula 28^a.

¹⁹ Su denominación original es “*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*”.

autorizados; c) la jurisdicción exclusiva del parlamento para conocer de lo dicho en sus debates y procedimientos; d) las elecciones libres de los miembros del parlamento; e) la ilegalidad de mantener un ejército en pie sin autorización parlamentaria, etc.. Sólo pueden identificarse en este documento algunas pocas disposiciones sobre derechos en el sentido moderno de la expresión: a) el derecho de petición ante el rey (y la consecuente prohibición de persecución por su ejercicio); b) el derecho de los súbditos protestantes a portar armar para su defensa personal, de acuerdo con la ley; c) la prohibición de multas o fianzas demasiado elevadas, y de penas crueles o inusuales, y d) garantías judiciales de debida constitución de los jurados y proscripción de la Alta Comisión (una suerte de tribunal de excepción) para el conocimiento de causas eclesiásticas.

En todo caso, se trata aquí también de derechos heredados, de ciertos principios políticos fundamentales, que recién a partir del pensamiento de Hobbes, y más particularmente, del de John Locke, van a ser provistos de fundamento racional que los va a dotar de una “potencia de irradiación universal”, según las palabras de García de Enterría²⁰. Se observa con claridad, entonces, que los enfrentamientos en la Inglaterra del siglo XVII no son una lucha por alcanzar nuevos derechos, sino por defender aquellos históricamente conquistados.

Dentro de esta idea de continuidad histórica en la afirmación de derechos tradicionales hay una sola excepción, y es el movimiento que da lugar a los *Agreements of the People* de 1647 y 1649²¹, en especial este último, que reflejaba esencialmente el ideario de los *Levellers* (Niveladores). Estos documentos recogen aspiraciones que iban mucho más allá de los derechos reconocidos hasta entonces y llegan, incluso, a proposiciones tan avanzadas para la época como la exención del servicio militar para los objetores de conciencia. Aunque no alcanzan el carácter de instrumentos jurídicos, ya que no fueron efectivamente adoptados por la Inglaterra de su tiempo, resultan muy interesantes por su carácter transaccional: son propuestas para poner término a la guerra civil inglesa, sobre la base de un acuerdo de carácter constitucional inclusivo de un listado de derechos. El *Agreement of the people* de 28 de octubre de 1647 es una oferta hecha por los regimientos de infantería y de caballería victoriosos en la guerra civil contra las fuerzas del rey Carlos I, para su aprobación por los comunes de Inglaterra, y, como lo dice su nombre completo, *An agreement of the people for a firm and present peace upon grounds of common right and freedom*, a modo de un acuerdo del pueblo, para una actual y duradera paz sobre bases de un común derecho y libertad. El objeto

básico de este acuerdo es una regulación del órgano parlamentario, conteniendo una reforma electoral para la más adecuada distribución de los representantes en proporción a la población, disponiendo la disolución del parlamento en funciones en ese momento, y la elección periódica, cada dos años, de nuevos representantes. La parte más importante, sin embargo, es la que define el poder de los futuros representantes como inferior solamente a aquellos que los han nombrado, extendiéndose sus facultades, en general, a todo cuanto los representados no han reservado para sí explícita o implícitamente. Los derechos enunciados a continuación aparecen, entonces, como limitación del poder del parlamento, expresándose: a) que las cosas de la religión y las formas de adorar a Dios no se confían a ningún poder humano, dejándose sin embargo a la autoridad la facultad de instruir a la nación por medios no compulsorios; b) que la facultad de reclutamiento forzoso es contraria a la libertad y por tanto no se les otorga a las autoridades; c) que tras la disolución del parlamento nadie será cuestionado por sus dichos o hechos en referencia a las últimas diferencias públicas, sino es en cumplimiento de una sentencia adoptada por los actuales representantes; d) que todas las leyes existentes, o futuras, obligarán y serán aplicadas a todos por igual, sin que ningún tipo de propiedad, carta, grado, nacimiento pueda eximir a alguien del curso del procedimiento ordinario al que están sujetos todos, y e) que en cuanto las leyes deben ser iguales para todos, ellas deben ser buenas y no evidentemente perjudiciales para la seguridad y el bienestar del pueblo.

El *Agreement* de 1647 presenta en su preámbulo dos rasgos muy particulares. Por una parte, los derechos que contiene son denominados derechos innatos (“*These things we declare to be our native rights*”). Por otro lado, contiene una clara declaración de supremacía de este acuerdo por sobre las leyes y poderes del Parlamento.

“Pero si cualquiera preguntase por qué celebrar un acuerdo con el pueblo para declarar éstos como nuestros derechos innatos –y no concurrir por ellos al parlamento– la razón es evidente. Ninguna ley del parlamento es ni puede ser inalterable, y por lo tanto no puede ser suficiente seguridad para salvaguardar a vos o a nos frente a lo que otro parlamento pudiese determinar, si se corrompe. Además, los parlamentos reciben la extensión de su poder y encargo de aquellos que los han cometido; y por lo tanto le corresponde al pueblo determinar cuál es su poder y encargo –y ésa es la voluntad de este acuerdo”²².

²² “But if any shall inquire why we should desire to join in an agreement with the people to declare these to be our native rights — and not rather petition to the parliament for them — the reason is evident. No Act of parliament is or can be unalterable, and so cannot be sufficient security to save you or us harmless from what another parliament may determine if it should be corrupted. And besides, parliaments are to receive the extent of their power and trust from those that betrust them; and therefore the people are to declare what their power and trust is — which is the intent of this agreement”.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA (1994), p. 63.

²¹ Se incluyen en el anexo.

La historia de los derechos individuales en Inglaterra tuvo aquí la posibilidad de variar su rumbo, y anticiparse al desarrollo continental en más de un siglo. Sin embargo, estos instrumentos no pasaron de ser una propuesta. Es así como el constitucionalismo inglés posterior a ellos combina la idea de un desarrollo histórico progresivo de los derechos de quienes forman parte de una comunidad (cuya contraposición con el modo francés de formulación abstracta y de corte racionalista de derechos, es recogida en la obra de Edmund Burke, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* de 1790, y en 1795 por Jeremías Bentham en sus *Anarchical Fallacies*), con la ausencia de un reconocimiento de derechos fundamentales con carácter suprallegal. Se reconoce la supremacía de la autoridad del parlamento, frente a la cual no se pueden oponer estos derechos. No obstante ello, y para describir correctamente el panorama, es necesario mencionar que estos derechos se encuentran incorporados a la cultura política, de tal manera que para su protección se estima suficiente —y ha demostrado serlo en la mayor parte de los casos— la acción de la opinión pública y de jueces imparciales, bajo la vigencia de la *rule of law*.²³

La incorporación del Reino Unido al sistema europeo de protección de los derechos humanos ha modificado esta situación parcialmente, desde el momento en que la *Convención Europea de Derechos Humanos* y las instituciones que contempla han operado como una instancia de control. Las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien sin poderes anulatorios de ley o de otros actos de autoridad pública, son generalmente acatadas, ya sea cuando ordenan reparaciones a los afectados, ya sea cuando ordenan el retiro o la modificación de un acto del Estado. La *Ley de Derechos (Human Rights Act)* de 1998, en vigor a

²³ Parte de la protección que los sistemas continentales han estructurado sobre la idea de supremacía de la Constitución (y por tanto de suprallegalidad de los derechos fundamentales) puede estar dada por la circunstancia de que la idea de *rule of law* anglosajón, aunque de tardía formulación (el término lo introduce Albert van Dicey en su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, en 1885) implica entre otras cosas, una determinada forma de entender el derecho que sitúa al parlamento en una posición distinta a la que ocupan las asambleas legislativas continentales. Puede sintetizarse esta posición destacando el hecho de que, durante mucho tiempo, el derecho estatutario de origen parlamentario (*enacted law*) no fue otra cosa sino la fórmula general de criterios adoptados por el parlamento en su calidad de órgano judicial superior: "...el *rule of law* nace como algo muy distinto al imperio de la ley: se define como regla de competencia de la justicia respecto a un *common law*, a un derecho común inglés y no así ley, a un derecho cuya misma formación resulta sustancialmente de dicho carácter judicial". CLAVERO (1997) p. 44. En esta condición, la idea de *rule of law* impondría al parlamento una *rule of rights*, una regla de derechos constitucionales indisponibles para el parlamento tanto como podrían ser indisponibles estos derechos para un juez del *common law*. Sostiene Clavero que, en definitiva, la expresión más característica del *rule of law* es la posibilidad de un control por parte del juez de todos los demás poderes potencialmente normativos, con lo que el tipo más característico de *rule of law* vendría siendo el sistema norteamericano con su posibilidad de *judicial review* o revisión judicial (ibidem, p. 46).

partir del año 2000, no constituye un acercamiento del Reino Unido al modelo continental de declaraciones de derechos, sino que es un típico ejemplo de instrumento legislativo en el sistema del *common law*, en el cual, con un alto grado de refinación técnica, se instruye a los órganos públicos sobre cómo proceder en el tratamiento de los derechos incluidos en la *Convención Europea de Derechos Humanos*, y se contemplan provisiones respecto de cómo tratar la legislación incompatible con los preceptos de la Convención²⁴⁻²⁵.

§ 8. EE.UU.: TRADICIÓN Y RACIONALISMO

El caso de los EE.UU. es un ramal de la evolución inglesa²⁶, con una importante variación. Hasta antes de la *Declaración de Independencia* de las colonias, algunas de éstas se habían dado cartas de derechos, dentro de las cuales destaca, por su extensión y originalidad, el *Cuerpo de Libertades de Massachusetts*, de 1641.²⁷ De su lectura se desprende que no estamos aún ante un documento de derechos humanos en el sentido moderno. Su origen y estructura dan cuenta de lo que se ha denominado aquí el modelo anglosajón: es el primer cuerpo o 'código' de leyes establecido en Nueva Inglaterra. Fue obra del ministro puritano inglés Nathaniel Ward (ca. 1578-1652), familiarizado con la práctica de la abogacía, quien llegó a dicha colonia en 1634. Su compilación fue adoptada por la Corte General de Massachusetts en diciembre de 1641. Se trata de la fijación escrita de derechos

²⁴ En el mismo sentido la opinión de FAVOREU (2002b) p. 87: "Il ne s'agit donc nullement d'un premier élément de Constitution formelle en Grande Bretagne, mais d'une codification de libertés publiques intégrant certaines règles de conflit."

²⁵ En uno de los sitios oficiales del gobierno británico (<http://www.cabinet-office.gov.uk/>) en que se difundía el contenido de la ley, ésta se presentaba del siguiente modo: "The Human Rights Act 1998 will come fully into force on 2 October 2000. It creates a statutory duty to interpret all legislation, whenever enacted, so far as possible in a way which is compatible with 'the Convention rights'—effectively the substantive rights contained in the European Convention on Human Rights. The Act also creates a duty for all public authorities, including Government departments, to act compatibly with the Convention rights. Officials will need to consider the implications for Convention rights when developing, interpreting or giving effect to legislation and policy. There are special provisions concerning primary legislation which cannot be interpreted compatibly with the Convention rights. There are also provisions concerning statements of compatibility with the Convention rights, which must be made by the Minister in charge when introducing new primary legislation". La entrada en vigencia y aplicación de la Human Rights Act no ha estado exenta de un cierto grado de reserva. Al respecto puede consultarse CAMPBELL, EWING y TOMKINS (2003).

²⁶ Los colonos se consideraban revestidos de los mismos derechos que los ciudadanos ingleses. La primera Carta otorgada por la Corona a Virginia, en 1606, contiene una disposición que otorga a todos los colonos y a sus descendientes las mismas libertades, franquicias e inmunidades, que tendrían si ellos hubiesen nacido en el reino de Inglaterra. Sobre las diferencias de la evolución norteamericana en este punto se puede consultar la obra de LEVY (1999).

²⁷ Se incluye en el anexo.

que ya se estimaban vigentes en la comunidad, y no de un acto legislativo innovador. Debe señalarse, además, que contempla tanto disposiciones sobre derechos y libertades, como otras de carácter civil y penal. No reconoce aún una igualdad entre los seres humanos en general. Sin embargo, contiene una descripción acuciosa de una serie de derechos y disposiciones destinadas a proteger a aquellos que se encuentran en una posición jurídica inferior o desmejorada, como mujeres, niños y sirvientes, y llega incluso a establecer reglas sobre el trato debido a los animales.

Sobresalen también en este período, por su carácter constitucional, la *Carta de Leyes Fundamentales de Nueva Jersey Occidental*, de 1677 y el *Marco de Gobierno (Frame of Government) para Pennsylvania*, de 1682. Sin embargo, estas cartas no llegan a apartarse del todo del modelo inglés, e incluso la *Declaración de Independencia* de 1776 no tiene un carácter revolucionario sino que es, esencialmente, una justificación relativamente tradicional del acto de rompimiento con la autoridad injusta de tal modo que, a la elaboración teórica que le sirve de fundamento, sigue el detalle de todos los actos de la autoridad inglesa que prueban su iniquidad. Pero el punto en que el caso norteamericano adquiere su autonomía es la fuerte influencia racionalista, y específicamente, del pensamiento de Locke, que puede encontrarse en el fundamento y lenguaje mismo de dicho acto de emancipación política:

"Tenemos estas verdades por evidentes en sí mismas, a saber, que todos los hombres han sido creados iguales y dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, y que dentro de ellos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad... que los gobiernos son establecidos para la protección de estos derechos y derivan sus poderes del consentimiento de los gobernados..."²⁸

A su vez, las declaraciones de derechos en las constituciones estatales serán la fijación, bajo la forma de prescripciones justiciables, de aquellos derechos, en su mayoría tradicionales, que habían sido desconocidos o pasados a llevar por la autoridad. En este contexto se sitúa la *Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia (Virginia Bill of Rights)* de 12 de junio de 1776. En su redacción ya puede advertirse el cambio: estos derechos no son solamente los "buenos derechos y libertades heredados", la típica fórmula del pensamiento jurídico inglés, sino que *derechos innatos de todos los hombres*²⁹, según los postulados de Locke. Si bien este

instrumento no se extiende a las mujeres, ni a los individuos de color, se ve en él la primera declaración de derechos en sentido moderno, cuestión que no sólo se refiere a su contenido, sino fundamentalmente a su orientación, que ya se aparta de la tradición al incorporar el discurso racionalista sobre los derechos. Ello se manifiesta con claridad en sus tres primeras secciones, que contienen una alusión a la libertad e independencia como condiciones de la naturaleza de todo hombre; la referencia a sus derechos inherentes, el enunciado de la calidad de los magistrados como fideicomisarios de un poder entregado a ellos por el pueblo que detenta el poder, y para su beneficio, protección y seguridad, y la afirmación del derecho inalienable de modificar o suprimir un gobierno que se aparta de estos propósitos. Otros principios enunciados por la *Declaración* son: a) la ausencia de derecho a todo emolumento o privilegio si no es en consideración a servicios públicos; b) la prohibición de que los cargos sean hereditarios; c) la separación del poder ejecutivo del legislativo, y éstos del poder judicial; d) que los miembros de los dos primeros deben volver en períodos fijos al cuerpo del cual fueron elegidos, y las vacantes deben ser provistas por elecciones periódicas, ciertas y frecuentes; e) el derecho de sufragio para todo aquel que demuestre interés y relación con la comunidad, f) el derecho a no ser gravado con impuestos ni privado de la propiedad si no es por el consentimiento de los representantes; g) que la autoridad no tiene el derecho de suspender la ejecución de las leyes; h) que la mantención de un ejército permanente en tiempos de paz es peligrosa para la libertad, e i) la subordinación del ejército al poder civil en todo caso.

En lo tocante a derechos encontramos la afirmación de la igualdad natural de los hombres desde su nacimiento, y de ciertos derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados, a saber: a) el disfrute de la vida y de la libertad; b) de los medios de adquirir la propiedad y de perseguir la felicidad; c) el derecho a conocer la causa y naturaleza de toda acusación en su contra; d) el derecho a ser confrontado con su acusador y sus testigos; e) el derecho a un juicio expedito por jurado de doce miembros de su vecindad; f) el derecho a no ser forzado a proveer

Continuación nota ²⁹

un derecho anterior (...) Las leyes inglesas están muy lejos de querer reconocer los derechos generales del hombre: no tienen ni la fuerza ni la intención de limitar los factores legislativos, ni tampoco tratan de formular principios para una legislación del porvenir: según el derecho inglés, el parlamento es omnipotente: todas las leyes por él aceptadas o elaboradas tienen igual valor. Las declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por sobre el legislador ordinario. (...) Las declaraciones americanas no son sólo leyes formales de naturaleza superior, sino que son también la obra de un legislador superior." Citando a Bancroft, escribe: "La petición de Derechos inglesa del año 1688 era histórica y retrospectiva: la declaración de Virginia viene directamente del corazón de la naturaleza y proclama los principios de gobierno para todos los pueblos de todos los tiempos futuros." JELLINEK (1994), p. 91.

²⁸ "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness... That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed..."

²⁹ Respecto de este punto, Jellinek escribe: "Las leyes inglesas, las que estatuyen sobre los derechos de los súbditos, fueron adoptadas con ocasión de hechos precisos y son la confirmación o la interpretación de

evidencia contra sí mismo; g) el derecho a no ser privado de libertad sino de acuerdo a la ley del país o por juicio de sus pares; h) la prohibición de fianzas y multas excesivas y penas crueles o inusuales; i) la prohibición de órdenes de investigación o detención indeterminadas o no fundadas en evidencia suficiente; j) la libertad de prensa; y k) la libertad para ejercer las creencias religiosas de acuerdo a la propia conciencia (si bien, al parecer, esta libertad sólo estaba garantizada a los cristianos).

En cuanto a la historia del pensamiento norteamericano sobre los derechos del hombre, en este período debe mencionarse a Thomas Paine, quien en 1791 y 1792 publica *Los Derechos del Hombre*, en respuesta a las críticas desarrolladas por Burke en sus *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*.

Pasando del nivel estadual al nivel federal, debe consignarse que la cuestión relativa a incorporar una declaración o catálogo de derechos en la Constitución Federal no fue un tema pacífico, al menos en su origen. Alexander Hamilton deja ver en el *El Federalista LXXXIV* la concepción de la época respecto a la posición de los derechos: éstos se entendían asegurados de acuerdo a la tradición del *common law*, y por un sistema de gobierno con facultades limitadas. De paso, su opinión resulta muy moderna, en el sentido de sugerir que la consagración de derechos conlleva la idea implícita de facultades de intervención estatal: "*La más importante de las objeciones que me falta contestar es que el plan de la convención no contiene una declaración de derechos. (...) Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar?...?*"³⁰. La Constitución Federal incorpora en 1791 las 10 primeras enmiendas, el denominado *Bill of Rights*, cuyo contenido es, precisamente, una serie de derechos. Esta regulación de las diez primeras enmiendas no va destinada, en su momento original, a garantizar derechos individuales frente a todo poder del Estado, sino a limitar los poderes de la federación y reservar las correspondientes competencias a las legislaturas estatales³¹. Esto se puede apreciar fácilmente comparando la 1ª Enmienda a la Constitución Federal, sobre prohibición al Congreso de aprobar leyes sobre religión, con la abundante legislación estadual de la época sobre tópicos religiosos. Tras la Guerra de Secesión, se agregan nuevas enmiendas relativas a derechos indi-

viduales, la XIII, la XIV y la XV, siendo particularmente la XIV la que protegerá los derechos individuales frente al poder de los estados de la Unión.

Dentro del sistema de los EE.UU. la jurisprudencia ha sido una fuente importante de desarrollo de los derechos fundamentales, en especial la de la Corte Suprema, en materias tan relevantes como la extensión del derecho de igualdad (a mujeres y a personas del grupo afroamericano), la creación del derecho a la privacidad, incluyendo la protección de datos, y en general, el extenso desarrollo a partir de las cláusulas de debido proceso³². Determinante en esta evolución ha sido la actuación de la Corte como garante de la constitución frente al legislador, a través de la competencia para la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) que reconoció a todo tribunal en el caso *Marbury contra Madison*, de 1803. No obstante ello, la efectividad de la jurisprudencia de la Corte, entendida como contribución a la vigencia práctica de los derechos proclamados en sus sentencias, ha sido puesta en tela de juicio en tiempos recientes.

§ 9. FRANCIA: LA DECLARACIÓN DE DERECHOS: LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS DEL RACIONALISMO

La evolución francesa en materia de derechos del hombre se enmarca dentro de dos grandes pilares. Por una parte, el sistema de una monarquía absoluta caracterizada por la corrupción y la ineficiencia, dentro de una sociedad estamental construida en base a privilegios y regímenes especiales originados en el sistema feudal; por otra, la filosofía de la Ilustración. Es comprensible entonces que la defensa de los derechos del hombre se formalice en este país con un marcado carácter de reacción frente a los abusos del despotismo, dentro de un modelo racionalista. La *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* surge en el contexto de la Revolución Francesa, cuyo inicio puede fijarse, desde un punto de vista jurídico, en el momento en que el tercer estado, uno de los tres estamentos convocados para los Estados Generales, y cuyas sesiones comenzaran el 5 de mayo de 1789, se declara Asamblea Nacional Constituyente el 17 de junio, con la participación de algunos diputados de la nobleza y del clero. Vencida la resistencia del rey, tras su inicial rechazo a la Asamblea, ésta inicia sus trabajos el 6 de julio. El 4 de agosto se vota la abolición de los privilegios y se decide que una declaración de derechos precederá a la constitución, y será establecida de manera urgente³³. El 26 de agosto, tras siete días de discusión, la Asamblea Nacional adopta la *De-*

³⁰ HAMILTON, MADISON y JAY (1974) pp. 365, 368. Documentos sobre la discusión e historia de la adopción de la *Bill of rights* en MELUSKY (1993).

³¹ Cfr. al respecto LEVY (1999), pp. 16 y ss.

³² Respecto de los diferentes derechos y la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha consultado aquí la obra de MELUSKY (1993), y el trabajo de ABRAHAM y PERRY (1998).

³³ GODECHOT (1995), p. 23.

claración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Su redacción aparece hoy como una verdadera obra maestra de concisión en la consagración de los derechos del hombre y del ciudadano y los principios de gobierno. Sin embargo, esta apariencia es engañosa: existieron grandes dificultades para su adopción, y en el proceso de su elaboración se propusieron muchas y muy disímiles alternativas³⁴.

La *Declaración*, más que un mero catálogo de derechos, es una verdadera síntesis del pensamiento racionalista sobre el derecho público, articulando, por una parte, derechos individuales y, por otra, principios de organización del poder político. Su mismo preámbulo expone esta doble finalidad, garantista (o limitadora) por un lado y, por otro, fundante y estructurante del poder público:

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo pudiendo ser en todo instante, comparados con el objeto de toda institución política, sean más respetados, y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundándose desde ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos”.³⁵

Desde el punto de vista de su contenido, la *Declaración* se distribuye casi por partes iguales entre enunciados de derechos individuales y principios de organización política. Dentro de los primeros encontramos la proclamación de que los hombres nacen y mueren libres e iguales en derechos (artículo 1); el enunciado de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles del hombre (artículo 2); el derecho de todos los ciudadanos a concurrir a la formación de la ley, la igualdad ante la ley y ante los cargos públicos (artículo 6); la seguridad individual (artículo 7); la presunción de inocencia (artículo 9); la libertad religiosa mientras su manifestación no perturbe el orden público (artículo 10); la libertad de imprenta y de palabra (artículo 11);

la igualdad ante las cargas públicas y la proporcionalidad de las mismas (artículo 13); el derecho de cada ciudadano a constatar la necesidad de las cargas públicas de consentir en ellas y supervigilar su empleo (artículo 14), y la inviolabilidad de la propiedad (artículo 17)³⁶.

Como principios de la organización política se enuncia el objeto de la asociación política, consistente en la protección de los derechos naturales (artículo 2); la radicación de la soberanía en la nación (artículo 3); la definición de la libertad como poder hacer todo aquello que no daña a otro, y la reserva legal para la delimitación de los derechos (artículo 4); el principio de que la ley sólo puede prohibir las conductas nocivas (artículo 5) con carácter general, y es la expresión de la voluntad general (artículo 6); el principio de subsidiariedad de la pena (artículo 8); la necesidad de una fuerza pública para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, (artículo 12); el principio de la responsabilidad de los agentes públicos (artículo 15) y de la división de poderes y la garantía de los derechos (artículo 16).

A diferencia de las declaraciones norteamericanas, y a pesar de la influencia que pudieron haber tenido sobre la *Declaración*, no se le reconoce a ésta vigencia como derecho justiciable. Como dice Boutmy: “*Mientras que el carácter metafísico del documento salta a la vista —puesto que abundan en él las definiciones, los axiomas y los principios— su valor jurídico y práctico es nulo. Los tribunales no conocen ninguna infracción a este texto supraconstitucional*”³⁷. Su importancia radica en la fuerza de su estructura como enunciado político acorde con el pensamiento ilustrado de la época, sobre lo que debía ser la organización del poder, mucho más allá de los propios derechos del hombre y del ciudadano.

La incorporación de una declaración de derechos como encabezado de la *Constitución Francesa de 1791* va a marcar un hito en el momento inicial del constitu-

³⁶ La *Declaración* fue puesta a la cabeza de la *Constitución de 1791*, en cuyo texto encontramos una ampliación del catálogo de derechos individuales. Bajo el epígrafe “Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”, se consagran, como derechos naturales y civiles, la admisibilidad de todos los ciudadanos a los empleos (artículo 1); la proporcional repartición de las contribuciones (artículo 2); la aplicación de las mismas penas a unos mismos delitos, sin distinción de las personas (artículo 3) y luego, sin indicación de artículo; la libertad ambulatoria (“*d’aller, de rester, de partir*”) y la seguridad individual, la libertad de palabra, de los escritos, de imprenta, sin censura previa, la libertad de cultos y de elegir a los ministros del respectivo culto, de reunión pacífica, y la inviolabilidad de las propiedades. Se dispone la creación de un establecimiento general de socorros públicos y la organización de la instrucción pública, así como la codificación de las leyes civiles comunes a todo el reino. En otras disposiciones dispersas encontramos en su título III, capítulo V, el derecho al juez natural (artículo 4), el derecho a juicio criminal por jurado y derecho a consejo legal (artículo 9), el derecho a la seguridad individual (artículos 10, 11, 13, 14, 15, 16) y a la libertad provisional (artículo 12). En su título IV, artículo 9, se consagra la inviolabilidad del hogar.

³⁷ “Tandis que le caractère métaphysique du document éclate à tous les yeux —car les définitions, les axiomes les principes y abondent— la valeur juridique et pratique en est nulle. Les tribunaux ne connaissent point des infractions à ce texte *supraconstitutionnel*”. BOUTMY (1903) p. 298. El destacado es de Boutmy.

³⁴ Se documenta la existencia de al menos 43 proyectos y opiniones diversas, en ocasiones con contenidos muy distintos entre sí. Al respecto se puede consultar el trabajo de FAURE (1995).

³⁵ “Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme sont les seules causes des maux publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d’exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l’homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous”.

cionalismo continental que se extiende hasta nuestros días, en que el catálogo de derechos se considera uno de los elementos de la estructura básica de toda constitución escrita. Es importante retener, sí, la idea de que este momento inaugural es el de una *Declaración* con las características anotadas: más que derechos de los individuos, recoge principios de organización política, y no se concibe, en principio, como derecho directamente aplicable por los tribunales.

§ 10. UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

A partir de la *Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia*, y de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Asamblea Nacional Francesa, la consagración de los derechos fundamentales en el respectivo texto constitucional se adopta no sólo en Europa, sino que en la mayor parte de los países del mundo, a tal punto que se habla, con algunas reservas, de una progresiva universalización del reconocimiento y protección constitucional de los derechos del hombre.

La *Constitución Francesa del año 1791* va a ser el primer texto constitucional que, aparte de ser encabezado por la *Declaración de 1789*, nace provisto de un catálogo de derechos, en su título I y en diversos artículos del título III, capítulo V (artículo 4, artículos 9 a 18) y en el título IV (artículo 9). La *Constitución de 1793* (o del año I) va precedida de una nueva declaración de derechos, que en lo esencial reproduce los contenidos de la *Declaración* de agosto de 1789, con un mayor énfasis en los derechos individuales. Además, y esto es de destacar, introduce por primera vez el reconocimiento de derechos que hoy llamaríamos económico-sociales bajo la forma de deberes de la sociedad (artículo 21: deber de socorros públicos y derecho al trabajo; artículo 22: deber de instrucción). Su artículo 122 reproduce algunos de los derechos contemplados en la *Declaración*, y señala de una forma general que la Constitución garantiza el goce de todos los derechos del hombre.

La *Constitución Francesa de 1795*, o del Año III, es encabezada por una Declaración de derechos, seguida, esta vez, por un listado de deberes. Es interesante la fórmula elegida por esta Constitución: en el artículo primero de los “Deberes” expresa: “La Declaración de derechos contiene las obligaciones de los legisladores; el mantenimiento de la sociedad exige que aquellos que la componen conozcan y cumplan igualmente sus deberes”. Luego distribuye numerosos derechos en disposiciones dispersas³⁸.

Las declaraciones de derechos desaparecen en la *Constitución de 1799* (o del año VIII) y los senadoconsultos de 1802 y de 1804 (constituciones del Año X y del Año XII), para reaparecer en la *Constitución de 1814*, que contiene en sus artículos 1 a 10 los “derechos públicos de los franceses”, como los denomina, en una fórmula que se mantiene en la *Constitución de 1830*, con la sola eliminación de la disposición que reconocía como religión del Estado a la Católica Apostólica Romana. La *Constitución republicana de 1848* consagra “derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución” en su capítulo II, artículos 2 a 17. Será el último texto francés en enunciar derechos hasta la *Constitución de 1946*, que en su preámbulo, tras reafirmar solemnemente los derechos y libertades del hombre de la *Declaración de 1789*, proclama una serie de principios políticos, sociales y económicos que corresponden, en general, a lo que en la nomenclatura actual se conocen como derechos de índole social y económica.

Fuera de Francia, el reconocimiento y garantía constitucional de los derechos individuales se empieza a generalizar en la primera parte del siglo XIX. Como ejemplos puede señalarse, el título IV de la *Carta Constitucional para el Reino de Bavaria*, de 26 de mayo de 1818, y los artículos 24 y ss. de la *Carta Constitucional para el Reino de Württemberg*, de 25 de septiembre de 1819. Se menciona la *Constitución Belga de 1831* como la primera carta europea en contemplar un catálogo de derechos; más precisamente habría que decir que su mérito es haberle dado forma sistemática y haber ampliado el inventario de una serie de derechos que ya habían recibido consagración constitucional en las sucesivas cartas francesas a partir de 1791. En Italia, el *Estatuto Albertino de 1848* contempla un limitado catálogo de derechos en sus artículos 24 a 32; de la misma forma, en ese año, el proyecto de *Constitución del Imperio Alemán*, de la Paulskirche en Frankfurt, incluye un catálogo de derechos en sus artículos 130 a 163. Por su omisión, es de destacar que en España, la *Constitución de Cádiz*, de 1812 no contiene un acápite destinado a los derechos individuales, ni consagra estos derechos de otro modo, salvo algunas disposiciones dispersas que contemplan garantías judiciales (derecho al juez natural, publicidad del juicio criminal, etc.). Tras las constituciones de 1837, de 1845, y la no promulgada de 1856, en que apenas se encuentran disposiciones aisladas sobre derechos individuales, recién puede distinguirse un listado de derechos garantizados en la *Constitución Española de 1869*.

Hoy, la idea del reconocimiento positivo constitucional de los derechos fundamentales prima casi sin excepciones en Europa continental³⁹, siendo de men-

³⁸ Artículos 222 a 237: seguridad individual y garantías judiciales y penales; artículo 300: libertad de instrucción privada; artículo 306: proporcionalidad de las contribuciones; artículo 353: libertad de prensa; artículo 354: libertad de culto; artículo 355: libertad de comercio e industria; artículo 356: libertad del ejercicio de una profesión; artículo 357: derecho de propiedad intelectual e industrial; artículo 358: inviolabilidad de las propiedades; artículo 359: inviolabilidad del hogar; artículo 364: derecho de petición.

³⁹ Tras la 2ª Guerra Mundial, en la Constitución de Italia (1947), Ley Fundamental de Bonn (1949), y en procesos constituyentes más recientes: Grecia (1975), Portugal (1976), Suecia (1977) y España (1978), Turquía (1982) Holanda (1983), Croacia (1990) Bulgaria, Eslovenia (1991), Polonia, (1997), etc.

cionar como último hito en este desarrollo la *Constitución Suiza de 1999*, vigente a partir del 1º de enero del año 2000, que dedica su título II a los derechos fundamentales. La única excepción es Francia. En efecto, la *Constitución de 1958* no contiene un listado de derechos. Sin embargo, éstos se entienden parte integrante de su derecho constitucional, por el reconocimiento que del valor del *Préambulo*⁴⁰ y de sus referencias a la *Declaración de 1789* y al preámbulo de la *Constitución de 1946*, ha hecho el Consejo Constitucional con la doctrina del bloque de constitucionalidad.

En el ámbito de Europa Oriental, se ha producido un cambio tras la caída de los sistemas socialistas. Los Estados europeos anteriormente comprendidos dentro del bloque de influencia soviética se han dotado de nuevas constituciones siguiendo las tendencias del constitucionalismo occidental. Ha desaparecido así, del ámbito europeo, la positivación de la idea socialista de los derechos humanos (en Latinoamérica la conserva la *Constitución de Cuba de 1976* con las reformas introducidas en 1992). Ella se fundaba en la noción de una esencial coincidencia de los intereses del Estado y del individuo, en una sociedad sin clases. Para esta concepción, el individuo es el resultado de un conjunto de relaciones sociales, donde pierde subjetividad y, de alguna manera, asume una posición objetiva: el concepto primario del valor de la persona se ve sustituido por su carácter de miembro de una sociedad, con la cual comparte unos mismos intereses. Carece de sentido, por tanto, la idea de derechos frente al Estado, por ejemplo, como derechos de defensa; mucho más se destacan los deberes del individuo. Es sólo dentro de este contexto que pueden comprenderse de manera adecuada los catálogos de derechos de las constituciones de los países socialistas, en su tiempo (U.R.S.S. de 7 de octubre de 1977; Hungría, de 20 de agosto de 1949; Bulgaria, de 18 de mayo de 1971; Alemania Democrática, de 6 de abril de 1968, etc.), los que, a primera vista, pueden no diferir excesivamente de los incorporados a constituciones de carácter liberal-democrático. Es también característico de la concepción socialista de derechos del hombre el que éstos se conciben más bien como derechos del ciudadano con un énfasis en su imbricación en el sistema estatal, antes que derechos innatos de todo hombre, y el que se ubiquen en un plano de igualdad los derechos de libertad y participación (civiles y políticos) y los derechos económicos y culturales.

Dentro del ambiente de la Mancomunidad Británica de Naciones, Stern menciona que Canadá ha sido uno de los receptores más tardíos de la idea de positiva-

ción de los derechos. Su documento constitucional, la *British North America Act*, de 1867, no contenía un catálogo de derechos; en 1960 se introduce, como ley sin un rango especial, la *Canadian Bill of Rights*. Recién a partir de 1982, Canadá cuenta con un catálogo de derechos equiparable al de los Estados europeos: con la *Constitution Act*, se adopta a nivel constitucional la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, en vigencia desde el 17 de abril de 1982. Su cumplimiento se encuentra encomendado a la Corte Suprema de Canadá que, a diferencia de la tradición inglesa, sí ejerce un poder de revisión de las leyes (*judicial review*). Por su parte, Australia y Nueva Zelanda, aunque cuenta con sendas constituciones escritas, conservan un modelo relativamente similar al vigente en el Reino Unido: los derechos individuales rigen con independencia de la constitución (la que no incluye un catálogo de derechos), y quedan entregados en su defensa a la independencia de los jueces y a la acción vigilante de la opinión pública⁴¹. La propia situación del Reino Unido no ha cambiado esencialmente tras la entrada en vigencia, el 2 de octubre de 2000, de la *Human Rights Act* de 1998, ya tratada en § 7. No obstante ello, este país se encuentra en un proceso de discusión pública de reformas a su sistema constitucional que podría modificar este estado de cosas en los años venideros.

Las constituciones latinoamericanas muestran una notable continuidad en el reconocimiento de derechos de las personas. Ya desde los inicios del siglo XIX, a partir de movimiento independentista, se encuentran catálogos de derechos fuertemente influidos por el modelo francés, anteriores incluso a la *Constitución Belga de 1831*. En el siglo XX, la *Constitución de Querétaro*, México, 1917, va a marcar un hito en lo que se conoce como Constitucionalismo Social, adelantándose con ello al modelo alemán de Weimar, de 1919. Más recientemente, encontramos una recepción muy generosa de derechos en las constituciones de Latinoamérica, ocasionalmente asociados a principios fundamentales, a deberes del Estado o del individuo, como es, y sólo a modo de ejemplo, el caso de la *Constitución de Brasil de 1988* (artículos 5 a 11, con setenta y siete numerales en el artículo 5 y treinta y cuatro en el artículo 7), la *Constitución de Colombia de 1991* (artículos 11 a 95), la *Constitución de Costa Rica de 1949* (artículos 20 a 74), la *Constitución de Perú de 1993* (artículos 1 a 29). Por regla general, los procesos constituyentes que dan origen a estas constituciones, o a sus reformas, se originan en períodos previos de gobiernos autoritarios, dictaduras o crisis políticas graves. Como consecuencia, tienen un marcado carácter de aspiración constitucional, que no encuentra reflejo en una cultura de respeto a los derechos individuales y carecen, por tanto, y al

⁴⁰ En el preámbulo de la Constitución de 1958 el pueblo francés "...declara solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron fijados en la Declaración de 1789 y confirmados y completados por el preámbulo de la Constitución de 1946".

⁴¹ STERN (1988), p. 244.

menos inicialmente, de correlato con una efectiva protección de los derechos de las personas.

La relación entre el desarrollo histórico de los países europeos occidentales y americanos y la valoración del individuo y sus derechos corresponde a una cierta homogeneidad histórica, religiosa y cultural que no puede asumirse para otros ámbitos geográficos y culturales. En Asia, la India incorpora un listado de derechos por primera vez en su Carta de 1950. Japón, que en su *Constitución Meiji de 1889* reconocía derechos fundamentales (artículos 18 a 32) sometidos a amplias posibilidades de restricción, cambia el enfoque en su carta vigente a partir de 1947 (artículos 10 a 40), muy influenciada por el pensamiento de los EE.UU. como potencia vencedora tras la II Guerra Mundial. Su evolución doctrinaria se ha plegado a la evolución europea y norteamericana.

La situación en la República Popular China se da en un contexto filosófico y de moral pública radicalmente distinto al occidental. Su estudio resulta particularmente interesante, ya que demuestra de manera empírica que el pretendido carácter universal de los derechos humanos en realidad sólo coincide con la universalidad de las premisas ideológicas occidentales que lo sustentan. Allí donde estas premisas se encuentran ausentes –y la República Popular China es un caso– no puede afirmarse que exista, al menos con un carácter difundido, la idea de derechos humanos en un sentido occidental. Si bien puede decirse que el pensamiento chino es altamente individualista, lo es en un sentido distinto al individualismo liberal. El individualismo chino es, ante todo, un individualismo basado en una milenaria ética del deber, a partir de las dos matrices filosóficas fundamentales, la del Confucionismo⁴² y la del Budismo. Aun cuando según Stern estas líneas de pensamiento no se destacan explícitamente en el ordenamiento político de la actualidad, es posible aventurar, como hipótesis, que esta matriz cultural favorece la aceptación de la ideología declarada que subyace al ordenamiento constitucional que hoy se plasma en la *Constitución de la República Popular China de 1982*, de orientación comunista. Este documento enuncia derechos de los ciudadanos (no de los individuos), que en su texto coinciden mayoritariamente con los catálogos occidentales, pero fuertemente vinculados al cumplimiento de los deberes y exigencias de un sistema económico de carácter socialista.

En el ámbito de los Estados árabes es importante considerar que, junto con el ordenamiento positivo, es jurídicamente relevante la religión del Islam. La Sharía

(conjunción del Corán y la Sunna) regula la relación entre los hombres, entre el individuo y la autoridad, y entre los individuos y Dios. A partir de esta regulación ingresan en el sistema jurídico islámico notables discrepancias con la concepción occidental de los derechos humanos. Stern enuncia, como ejemplos, la posición privilegiada del hombre, que lo hace titular de mayores derechos respecto de la mujer; la libertad religiosa no se reconoce a los musulmanes, sino sólo a los no creyentes; se admiten las amputaciones, los castigos corporales, las lapidaciones, como penas para delitos o crímenes⁴³. La piedra angular de esta concepción es la fundamental desigualdad que el Islam reconoce entre los seres humanos, divididos entre fieles (seguidores del profeta Mahoma) e infieles.

Por último, los países del continente africano, en la medida en que no corresponden a Estados árabes⁴⁴, y con la excepción de Sudáfrica, que constituye un caso particular, no han permanecido indiferentes frente a la expansión de los derechos humanos, habiéndose acordado en la Conferencia de Estados Africanos en Gambia, en 1981, una *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, cuya entrada en vigencia ha sido, sin embargo, una cuestión difícil. En su mayor parte, los miembros de esta conferencia son estados nuevos, surgidos de los procesos de descolonización de la segunda mitad del siglo XX (1955-1975), y en los cuales las declaraciones de derechos van, en muchos casos, muy por delante de la consolidación de la autoridad estatal.

§ 11. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS: LOS DERECHOS HUMANOS

1. Evolución histórica

A partir de mediados del siglo XX se observa un nuevo fenómeno: la consolidación de una preocupación internacional por los derechos de las personas, que dejan de ser considerados como una cuestión de la competencia doméstica de los Estados, y pasan a ser objeto de regulación por el derecho internacional público. En el contexto de este proceso de internacionalización de los derechos surge y se generaliza el uso de la expresión “derechos humanos”.

Ya en la Antigüedad se encuentran antecedentes de protección dada a individuos por parte de acuerdos entre las comunidades políticas a las que pertenecían. Se señala como una de las instituciones más antiguas el derecho de asilo. Así, por ejemplo, en un acuerdo entre el rey hitita Muwattalish y el rey Alakshandush, de

⁴² La Declaración de Bangkok, de 1993, que destaca la matriz confucionista de sus países firmantes, Singapur, Malasia, Taiwán y China, es un ejemplo del rechazo consciente a los intentos de presentar la adhesión a la idea de los derechos humanos como un fenómeno de carácter universal. Cfr. FAVOREU (2002b), p. 51.

⁴³ STERN (1988), p. 242.

⁴⁴ A saber, Egipto, Sudán, Libia, Túnez, Argelia, Marruecos y Mauritania.

un pueblo vecino, celebrado entre el 1325 y el 1305 a.C., se expresa: “*Respecto de los fugitivos he jurado: cuando un fugitivo llegue desde tu país al país de Hatti, no le devolveremos: expulsar del país de Hatti a un fugitivo no es justo*”. Del mismo modo, en un acuerdo celebrado entre el hitita Hattushil III y el faraón Ramsés II, en el 1270 a. C., se regula la suerte que correrán los fugitivos que sean devueltos de un país a otro: “*El hombre que se devuelva al gran gobernante de Egipto, no será perseguido por su delito. Su casa, su mujer y sus hijos no serán atacados. No debe ser muerto, ni debe hacerse nada en contra de sus ojos, sus orejas, su boca y sus pies*”⁴⁵. Estas disposiciones permanecieron siempre, eso sí, manifestaciones aisladas. Como ya se ha señalado, la regla general durante gran parte de la historia fue que los derechos no se reconocían a los individuos sino desde la perspectiva de su posición en la organización política y social. Es recién a partir de la reforma protestante que, en el emergente orden internacional al que va evolucionando Europa, se encuentran derechos reconocidos a los individuos, en instrumentos que podríamos considerar los primeros de carácter internacional. Así, en el tratado conocido como la *Paz de Augsburgo*, de 1555, se garantiza a los individuos una cierta libertad ambulatoria, bajo la modalidad del *beneficium emigrationis*, el derecho a emigrar de las tierras del señor si éste cambiaba de religión y sus súbditos no querían seguirle en este cambio⁴⁶. En el siglo XVII, y con el mismo origen, encontramos el reconocimiento de ciertos derechos individuales relacionados con la libertad religiosa, en instrumentos acordados entre los nacientes Estados, destacando entre éstos los tres tratados que constituyen la *Paz de Westfalia* en 1648. A partir de ese momento, y hasta el siglo XIX, la cuestión de los derechos del hombre va a ser una cuestión interna de cada Estado.

Durante el siglo XIX se observa un creciente aumento de la preocupación de la comunidad de Estados por aspectos parciales de la protección a las personas. En 1815, en el Congreso de Viena, se adopta una declaración sobre la abolición de la trata de negros, en que se condena este tráfico como contrario a los principios de humanidad y moral internacional. Esta declaración se amplió por diferentes tratados, y en 1842 se extendía ya a 26 países. En el *Tratado de Versalles*, de 1871, y en el *Acta del Congreso de Berlín*, de 1878, se introduce la protección del individuo frente a la intolerancia religiosa, fortalecida en el *Acta del Congo* de 1885, en que se amplía tanto a nacionales como a extranjeros. Posteriormente, en 1904, en

París, se adopta un tratado sobre medidas administrativas para la prevención de la trata de blancas, seguido de otro en 1910 sobre la misma materia. Surge también un incipiente sistema de tratados destinados a proteger la propiedad industrial e intelectual (*Acuerdo de París* de 20 de marzo de 1883 sobre protección de la propiedad industrial, *Acuerdo de Ginebra* para la protección de obras de literatura y arte, de 9 de septiembre de 1886). En el ámbito del derecho de la guerra se desarrollaron instrumentos específicos de protección de derechos de las personas, a través de las *Convenciones de La Haya* de 1899 y 1907, así como particularmente en las *Convenciones de Ginebra* III y IV, sobre derecho de las poblaciones civiles, de personas no nacionales de los Estados en conflicto, de enfermos, y náufragos de las fuerzas armadas de los beligerantes, y sobre prisioneros de guerra, generándose de este modo una especie de “pequeño catálogo de derechos humanos”⁴⁷.

Todas estas regulaciones, sin embargo, se sitúan dentro del reconocimiento al principio, a la sazón vigente del derecho internacional, en virtud del cual el trato que cada Estado diese a sus nacionales (y a los apátridas) formaba parte de los asuntos sustraídos del derecho internacional. Se considera que son asuntos domésticos, cuestiones internas regidas por la jurisdicción propia de cada Estado. Si el ejercicio de esa jurisdicción trae aparejado algún efecto, como sucede en el caso de las instituciones de la protección diplomática y de la responsabilidad internacional, se estima que ello sucede en virtud de las obligaciones de un Estado para con otros Estados, mas no respecto de los individuos que, a nivel internacional, nada podrán alegar frente al ejercicio del poder estatal.

Este principio de la jurisdicción interna se mantuvo hasta la Segunda Guerra Mundial. Aún viva la conflagración mundial empieza a surgir un nuevo concepto, que puede desprenderse en un primer momento de ciertos principios políticos enunciados por líderes de las que posteriormente serán las potencias vencedoras⁴⁸. En particular, el *Tratado de Londres* sobre la persecución y castigo de crímenes de guerra cometidos por los dirigentes de las potencias del Eje, de 8 de agosto de 1945, que contenía el estatuto de los tribunales de Núremberg, ya consagra un principio distinto: el respeto por los derechos del hombre es una cuestión que concierne a la comunidad internacional, y por lo tanto ésta exige a los Estados un comportamiento encaminado a hacerlo efectivo. El propio tribunal dirá en su momento, ante el cuestionamiento de su jurisdicción frente al principio de irretro-

⁴⁵ KIMMINICH (1973), p. 19.

⁴⁶ La importancia de este beneficio sólo se entiende sabiendo que pesaba sobre los habitantes de un principado, reino o dominio, la prohibición de abandonarlo sin permiso de su respectivo príncipe, rey o señor.

⁴⁷ STERN (1988), p. 250.

⁴⁸ Mensaje de F.D. Roosevelt al Congreso, de 6 de enero de 1941; la Carta Atlántica firmada por Roosevelt y Churchill el 12 de agosto de 1941; la declaración de las Naciones Unidas en guerra de 1º de enero de 1942, la Declaración Joint-Four (EE.UU., Reino Unido, Unión Soviética y China) de 30 de octubre de 1943, y la Declaración Tripartita de Teherán, de 1º de diciembre de 1943.

actividad de la ley penal: “*El estatuto no es un acto de poder arbitrario por parte de las potencias vencedoras, sino que expresa el estado del derecho internacional existente al tiempo de la creación de este Tribunal*”.⁴⁹

Los derechos individuales abandonan así el ámbito de la jurisdicción doméstica, y pasan a situarse en el plano del derecho internacional, que va a comenzar a exigir el respeto de ciertos derechos por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional. La Carta de Naciones Unidas consagra de manera positiva este principio al fijar como propósito u objetivo de la Organización, en su artículo 1 N° 3, realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión; en concordancia con el artículo 55 literal [c]⁵⁰, y especificando en el artículo 56 el compromiso de todos los Estados miembros de tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General adopta la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ella recoge derechos ya presentes en las declaraciones constitucionales de fines del siglo XVIII, e introduce otros nuevos, que se explican en las formas de lesión o las nuevas amenazas surgidas en el período histórico que precede a esta *Declaración*: prohibición explícita de la tortura (artículo 5) y del exilio (artículo 13); el derecho de asilo (artículo 14); el derecho a la nacionalidad (artículo 15); el derecho a contraer matrimonio (artículo 16), y detalla aspectos específicos de los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 a 27).

A partir de esta declaración la actividad de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos ha sido muy prolífica, en especial, en lo que se refiere a declaraciones relativas a derechos, pero también en el ámbito de los acuerdos internacionales, a tal grado que puede decirse que hoy es difícil encontrar una disciplina de mayor extensión, en el derecho internacional positivo, que aquella que se ha venido en denominar derecho internacional de la persona o de los derechos humanos (para distinguirlo, en todo caso, del derecho internacional humanitario). Asimismo, esta evolución ha influido en los ordenamientos internos, ya que

⁴⁹ STERN (1988), p. 253.

⁵⁰ Artículo 55: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. (...) b. (...); y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

muchos procesos constituyentes posteriores a 1948 han incluido en sus catálogos de derechos constitucionales una serie de derechos, ya no como conquistas de libertad en los respectivos procesos políticos, sino como mera recepción de las ideas predominantes en la comunidad internacional, relativas a los derechos que debiesen ser recogidos positivamente en los ordenamientos jurídicos internos.

El 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General adopta el texto de los dos pactos más importantes, destinados a concretar jurídicamente la *Declaración Universal* de 1948: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, así como un *Protocolo Facultativo* referente al primero. La existencia de dos pactos se explica por la confrontación ideológica existente a la fecha de su elaboración. Mientras que las democracias occidentales insistían en consagrar solamente los derechos y libertades “auténticas”, que en definitiva se plasman en el PIDCP, los estados del bloque socialista, y algunos países africanos, insistían en la consagración de posiciones jurídicas garantizadoras de prestaciones sociales y culturales. La solución de compromiso fue la satisfacción de ambas posiciones en dos pactos distintos, aprobado uno con ciento seis votos a favor y ninguno en contra, y el otro, el PIDESC, con sesenta y seis votos a favor, dos en contra y treinta y ocho abstenciones.

2. Sistemas internacionales de protección: el sistema universal

Se habla de un sistema internacional de protección de los derechos humanos, cuando existe, en ese nivel, al menos un instrumento que los reconoce, una institucionalidad destinada a resguardarlos y procedimientos que permitan promover su cumplimiento y eventualmente sancionar su transgresión. Se distinguen el sistema universal de protección de los derechos humanos, el sistema europeo, el sistema interamericano y el sistema africano⁵¹.

a) Instrumentos y órganos principales

El sistema universal se basa en la institucionalidad de las Naciones Unidas y arranca de los principios de la propia Carta de San Francisco, en particular de la conjunción del artículo 1 N° 3, artículo 55 literal [c] y artículo 56, ya mencionados. Su primera manifestación concreta es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas*, de 10 de diciembre de 1948. Durante muchos años se prolongó la controversia sobre el valor jurídico de esta declaración, hasta que en 1966, definitivamente, queda solucionado el punto mediante la adopción de

⁵¹ Para una exposición sistemática del Derecho Internacional de los derechos humanos puede consultarse el trabajo de Carlos VILLÁN DURÁN (2002).

dos tratados internacionales en materia de derechos humanos, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de fecha 19 de diciembre de 1966. Chile es parte de ambos tratados.⁵²

El órgano que, dentro de las Naciones Unidas, está encargado del tema de los derechos humanos es el Consejo Económico y Social. Bajo su dependencia funcionó durante 60 años la Comisión de Derechos Humanos, la que fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos a partir de junio del 2006⁵³. Existe también la figura del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

b) Sistema de protección del PIDCP y del PIDESC

Cada uno de los pactos instituye un sistema de protección. Estatuyen obligaciones internacionales para los Estados miembros y, por regla general, sólo los Estados se encuentran facultados para reclamar por su incumplimiento (artículo 41 PIDCP, con la excepción prevista por el *Protocolo Facultativo*). Estos pactos carecen de un carácter autoejecutable, salvo las decisiones particulares de cada Estado para incorporar las respectivas disposiciones a su ordenamiento interno, según se desprende claramente del artículo 2. 2 del PIDCP y del artículo 2.1 del PIDESC.

Los sistemas de protección de ambos pactos difieren desde el punto de vista de las obligaciones contraídas por los Estados. Por el PIDCP cada Estado parte se compromete a respetar y a garantizar, a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el pacto (artículo 2. 1); en cambio, en el PIDESC, el Estado se compromete a adoptar medidas “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (artículo 2.1); además el PIDESC establece deberes del Estado, en primera línea, para con sus nacionales.

⁵² El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* fue suscrito por Chile en la fecha de su adopción, depositado el instrumento de ratificación con fecha 10 de febrero de 1972, promulgado por D.S. Nº 778 de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicado en el D.O. de 29 de abril de 1989; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, y su instrumento de ratificación fue depositado con fecha 10 de febrero de 1972, publicado como D.S. Nº 326 de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores en el D.O. de 27 de mayo de 1989. Deben ser complementados con el D.S. Nº 41 de RR.EE., de 7 de enero de 1991, publicado en el D.O. de 24 de octubre de 1991, por el cual se reconoce competencia al Comité de Derechos Humanos del PIDCP respecto de todo hecho que hubiere tenido su principio de ejecución después del 11 de marzo de 1990, y por el D.S. Nº 747 de RR.EE., de 15 de junio de 1992, publicado en el D.O. de 20 de agosto de 1992, que suscribe el *Protocolo Facultativo* de dicho Pacto.

⁵³ Al respecto el artículo de HALPERIN y ORENTLICHER (2007).

En el caso de los países en vías de desarrollo (que, en un concepto amplio, al que no se dudará en recurrir para efectos de ampararse en esta disposición, incluye a la mayor parte de los países de la comunidad internacional) queda entregado al Estado decidir en qué medida reconocerá los derechos del pacto a los no nacionales (artículo 2.3)

El sistema de protección de los derechos del PIDCP establece un Comité de Derechos Humanos compuesto de 18 miembros (artículo 28), elegidos por los estados partes del pacto por un período de cuatro años. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado y deberá tenerse en cuenta, en su elección, una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos (artículo 31).

El procedimiento de control se da por dos vías: i. el deber de información y ii. el procedimiento de reclamación.

i. En virtud del primero los Estados presentan al Comité de Derechos Humanos, a requerimiento de éste, informes respecto de las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos garantizados en el pacto, así como sobre el progreso realizado en cuanto al goce de esos derechos. El Comité transmite el informe y los comentarios generales al mismo, a los demás Estados partes. Los Estados partes pueden hacer, a su vez, observaciones al informe. Posteriormente, el informe y sus comentarios pueden ser transmitidos al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

ii. El procedimiento de reclamación es procedente sólo en virtud de una de dos vías. Por una parte, un Estado puede realizar una declaración conforme al artículo 41 del PIDCP, en virtud de la cual acepta la competencia del Comité para conocer las comunicaciones en que otro Estado parte alegue incumplimiento de las obligaciones asumidas por el *Pacto*. El procedimiento, en caso de no llegarse a acuerdo de las partes, no tiene un carácter jurisdiccional y, cuando más, y si los Estados acceden a ello, llega ante una comisión especial de conciliación, que pone sus buenos oficios a disposición de las partes. Por otro lado, y sólo si el Estado ha suscrito el *Protocolo Facultativo del Pacto*, un individuo podrá presentar reclamos ante el Comité, una vez que haya agotado los recursos internos existentes en el Estado en que se supone cometida la transgresión de sus derechos. Hay que señalar que el agotamiento de la vía interna es, por regla general, un requisito para acceder por vía de reclamación individual a órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

En el caso del PIDESC, sólo existe un procedimiento de información. Los Estados presentan sus informes al secretario general de Naciones Unidas quien los

transmite al Consejo Económico y Social (artículo 16); el cual a su vez puede transmitirlos al Consejo de Derecho Humanos.

3. El sistema regional europeo

a) Historia

La propia Carta de Naciones Unidas llama a los Estados a formar sistemas regionales para la protección de los derechos humanos. El primer sistema en constituirse y empezar a funcionar regular y eficazmente fue el sistema europeo de derechos humanos, a partir de la firma, en 1950, de la *Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* (Tratado de Roma), cuyos antecedentes más remotos pueden encontrarse en una obra de J.C. Bluntschi, de 1878, en que propone una unión de Estados sobre la base de ciertos fundamentos constitucionales comunes, en especial los relativos de derechos del hombre y del ciudadano. El movimiento pan-europeo del conde Coudenhove-Kalergi, y el plan para una unión europea federal del ministro de relaciones exteriores A. Briand, entre las dos guerras mundiales, deben mencionarse también dentro de esta corriente. Las catastróficas consecuencias de la guerra y de los sistemas totalitarios en Europa dan lugar al antecedente inmediato del sistema europeo de derechos humanos, en un congreso celebrado en La Haya, entre el 7 y el 10 de mayo de 1948, en el cual 800 delegados de diversas tendencias políticas, organizados en el Comité Internacional del Movimiento para la Unidad de Europa, se pronunciaban por una asamblea parlamentaria europea, como fundamento de una futura unión, y una carta europea de derechos humanos, con un tribunal europeo con jurisdicción abierta a los particulares. El congreso constituyó una comisión para la elaboración de una carta de derechos humanos, la que presentó su informe en febrero de 1949, teniendo a la vista la *Declaración Universal* de las Naciones Unidas y concentrando, por tanto, su preocupación en el nivel regional (europeo). Un comité de juristas revisó el proyecto, el que fue presentado el 12 de junio de 1949 al comité de ministros del recién creado Consejo de Europa. En el contexto de los fuertes lazos creados a nivel europeo en la época (creación de la Unión de Europa Occidental en 1948 –Francia, Reino Unido y Benelux–, de la Organización para la Cooperación Económica Europea –OEEC, posteriormente OECD–, formalización del estatuto del Consejo de Europa en 1949), la asamblea consultiva del Consejo de Europa da el impulso para la *Convención Europea de Derechos Humanos*. En definitiva, el comité de ministros adopta el 3 de noviembre de 1950, en Roma, el texto de la convención, firmándola al día siguiente Bélgica, Dinamarca, Francia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo,

Holanda, Noruega, Turquía y el Reino Unido. Con la ratificación del 10º Estado, el 3 de septiembre de 1953, la *Convención* entró en vigencia. Con posterioridad a su entrada en vigor ha sido objeto de una serie de protocolos adicionales que en parte han modificado sustancialmente el diseño original, destacándose dentro de estas modificaciones la del *Protocolo Nº 11*.

b) Sistema de protección

El diseño orgánico original contemplaba una Comisión Europea de Derechos Humanos y una Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo. El procedimiento se iniciaba ante la Comisión, la que desarrollaba una actividad de investigación y eventualmente buscaba llegar a una solución amistosa entre las partes. El derecho de reclamación ante la Comisión correspondía tanto a los Estados como a organizaciones no gubernamentales y a personas físicas. Ante la Corte sólo podían comparecer la Comisión y los Estados. Tras la reforma del sistema, de conformidad con el *Protocolo Nº 11*, entrado en vigor el 1º de noviembre de 1998, ha desaparecido la Comisión y los particulares tienen acción para plantear sus reclamaciones directamente ante la Corte⁵⁴.

c) La Carta Europea

Por su parte, ya no los Estados mismos, sino que la Unión Europea ha adoptado una *Carta de Derechos Fundamentales*, en el Consejo Europeo en Biarritz, 13 y 14 de octubre de 2000, proclamada en Niza, el 7 de diciembre de ese año, dirigida a los órganos e instituciones de la Unión, y a los Estados miembros en cuanto aplican derecho de la Unión (artículo 51 de la *Carta de Derechos Fundamentales* de la Unión Europea)⁵⁵. Si bien no tiene un carácter directamente vinculante, en la medida en que no fue adoptada formalmente por un tratado, es muy probable que tenga efectos como texto de referencia de los principios generales del derecho comunitario. Por su parte, es difícil pensar que los órganos comunitarios puedan ignorar las disposiciones de esta *Carta* después de haberla proclamado solemnemente. Braibant señalaba el año 2001 que las vías para que la Carta alcanzase fuerza vinculante eran: la vía diplomática, por la decisión de incorporarla a un tratado; la vía constitucional, en la hipótesis de la adopción de una constitución europea de la cual la Carta sería el preámbulo, y la vía jurisprudencial, por la vía de su incorporación como referencia en las diversas jurisdicciones europeas⁵⁶. El

⁵⁴ Al respecto puede consultarse BONET (1994).

⁵⁵ Sobre la génesis y contenido de este instrumento cfr. BRAIBANT (2001).

⁵⁶ BRAIBANT (2001), p. 65.

camino elegido fue incorporarla dentro del fallido proceso de adopción de la constitución europea, pero no como preámbulo: el Título II de la primera parte del proyecto de constitución incorporaba la carta de derechos fundamentales como segunda parte de la constitución⁵⁷. Fracasada la adopción de este instrumento, el posterior *Tratado de Lisboa de 2007* se limita a adoptar modificaciones a los tratados de la Unión Europea (Maastricht 1992) y de la Comunidad Europea (Roma 1957), adoptando en general los contenidos del proyecto de Constitución Europea, pero expurgando las referencias constitucionales del mismo y eliminando las referencias a símbolos europeos (bandera e himno) y la carta de derechos. Se ha visto en esto una concesión al Reino Unido para permitirle una adhesión al Tratado de Lisboa sin alterar su sistema político y jurídico respecto de los derechos fundamentales.

4. Sistema regional americano

a) Historia

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es, en su origen, más antiguo que el sistema universal. Ya la Octava Conferencia Internacional Americana, desarrollada en Lima, en 1938, adopta diferentes resoluciones en aspectos específicos que hoy se consideran adscritos al ámbito de los derechos humanos: resoluciones sobre libre asociación y libre expresión de los obreros, la *Declaración de Lima* a favor de los derechos de la mujer, la resolución en contra de toda forma de persecución por motivos raciales o religiosos, y, en particular, la *Declaración en Defensa de los Derechos Humanos*. Posteriormente, en febrero y marzo de 1945, se celebra en ciudad de México la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, destacándose dentro de su labor dos resoluciones: la XXIII, titulada “Libertad de Información”, y la resolución XL sobre “Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre”. Esta segunda resolución puede considerarse el antecedente directo de la *Declaración Americana de 1948*. En esa resolución, la Conferencia proclamó “la adhesión de las repúblicas americanas a los principios consagrados en el derecho internacional para

la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre”, pronunciándose a favor de un sistema de protección internacional de los mismos, y expresando la necesidad de llevarlo a la práctica precisando tales derechos –así como los deberes correlativos– en una declaración adoptada en forma de convención por parte de los Estados. De conformidad con esto, la Conferencia encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la redacción de un proyecto de declaración, que sería sometido a consideración de los gobiernos, y al consejo directivo de la Unión Panamericana la convocatoria a una conferencia de jurisconsultos americanos, a fin de que dicha declaración fuera adoptada en forma de convención⁵⁸. Por último, debe mencionarse como antecedente el *Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*, TIAR, suscrito en Río de Janeiro, en 1947, en uno de cuyos considerandos se expresa que “La paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana”.

El proyecto de *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* fue preparado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948. Aun cuando se trata del primer instrumento internacional en su género, no fue adoptado bajo la forma de una convención. No obstante lo anterior, el último párrafo de sus considerandos reconoce la necesidad de un fortalecimiento progresivo de este sistema inicial de protección de los Estados americanos⁵⁹, del cual deben entenderse una expresión la *Declaración de Caracas* y la *Resolución sobre el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos*, ambas adoptadas en la Décima Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en Caracas, Venezuela, en 1954.

El siguiente paso importante en el desarrollo del sistema americano de protección a los derechos humanos fue dado por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en Santiago de Chile, 1959. Destaca aquí la *Declaración de Santiago de Chile*, relativa al desarrollo y fortalecimiento del sistema de protección, y la *Resolución sobre Derechos Humanos*, que en su parte I contiene el encargo al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de convención sobre derechos humanos y otro u otros proyectos para la creación de una corte interamericana para la protección de los derechos humanos, y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos. La parte II de la Resolución crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

⁵⁷ Proyecto de constitución europea, artículo 1-9: Derechos fundamentales: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

⁵⁸ SECRETARÍA GENERAL DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1982), p. 4.

⁵⁹ SECRETARÍA GENERAL DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1982), pp. 3, 4.

(CIDH), integrada por siete miembros y encargada de promover el respeto de tales derechos. El consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960. Sus primeros miembros fueron elegidos el 29 de junio de ese año. Ante las insuficientes atribuciones de la Comisión para el cumplimiento de su misión, constatadas en la Octava Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Punta del Este, 1962), y en cumplimiento de la resolución que así lo encargaba al Consejo, el Estatuto fue modificado en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, en 1965. Estas modificaciones incluyen atribuciones de la Comisión para recibir comunicaciones y dirigirse a los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que estime pertinentes, y formular recomendaciones a fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales, y el cometido de rendir un informe anual a la Conferencia Interamericana, o bien a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados en la *Declaración Americana*. Contempla, ya, como deber de la Comisión, el revisar si los procedimientos y recursos internos de cada Estado fueron debidamente aplicados y se encuentran agotados.

En la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Buenos Aires, 1967, la CIDH es elevada al rango de órgano principal de la OEA, por las reformas a la *Carta de la Organización* en virtud del *Protocolo de Buenos Aires* de ese año, que entraron en vigencia en 1970. El artículo 112 de la *Carta* reformada introduce la Comisión y le asigna como función principal la tarea de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”, y remite a una futura convención interamericana de derechos humanos la determinación de la estructura, competencia y procedimiento de la Comisión. El artículo 150, disposición transitoria, le asigna a la Comisión la función de velar por la observancia de los derechos humanos, mientras no entrara en vigor una convención americana de derechos humanos. En esta misma conferencia, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos es reemplazado por el Comité Jurídico Interamericano.

Con estos antecedentes se llega a la Conferencia Interamericana Especializada, celebrada en San José de Costa Rica, en 1969, donde el 22 de noviembre se adopta la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sobre la base de la propuesta del Consejo Interamericano de Jurisconsultos⁶⁰. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, con la ratificación del 11º Estado, Grenada⁶¹.

⁶⁰ El proyecto de Convención sobre Derechos Humanos propuesto por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos fue el primer intento de establecer un sistema convencional americano de protección de los

b) El sistema de protección

Su estructura orgánica sigue el diseño original del sistema regional europeo, antes de la reforma que introduce el recurso directo de individuos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Convención establece dos órganos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión se compone de siete miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, por cuatro años y reelegibles por una sola vez. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado. La funciones de la Comisión son múltiples (artículo 41), entre ellas: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América, solicitar a los gobiernos de Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas adoptadas en materias de derechos humanos y, en especial, conocer de las denuncias o quejas por violación a la *Convención* por un Estado parte, que presente cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros (artículo 44), o bien las comunicaciones de un Estado parte respecto de otro que ha reconocido la competencia de la Comisión para conocer de las alegaciones de otros Estados partes sobre violaciones a la *Convención* (artículo 45). La Comisión conduce un procedimiento de investigación y solicita informes al Estado. En definitiva, y si no se llega a una solución amistosa, la Comisión puede someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos o bien hacer público el informe sobre la denuncia o queja.

La Corte se compone también de siete miembros (artículo 52), elegidos por un período de seis años y reelegibles por una sola vez. Sólo los Estados partes y la Comisión pueden llevar un caso ante la Corte (artículo 61); no se admite aquí la

Continuación de las notas ⁶⁰⁻⁶¹

derechos humanos. Posteriormente, Chile y Uruguay presentaron sendos proyectos de Convención a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965). Ésta envió el proyecto del CIJ junto con los de Chile y Uruguay al Consejo de la Organización para que éste, oyendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los otros órganos y entidades que estimara conveniente, introdujera en el Proyecto del CIJ las enmiendas que juzgara necesarias para actualizarlo y completarlo. En virtud de este mandato el Consejo de la Organización de los Estados Americanos remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los proyectos citados en la resolución XXIV solicitándole su opinión y las recomendaciones pertinentes. La Comisión emitió tres dictámenes entre octubre de 1966 y abril de 1968, sobre cuya base, y a solicitud del Consejo (junio de 1968), se avocó a la redacción de un texto revisado de anteproyecto de convención sobre derechos humanos, el que se basó principalmente en la propuesta del CIJ.

⁶¹ También conocida como *Pacto de San José de Costa Rica*, esta Convención fue ratificada y promulgada en Chile por D.S. Nº 873 de 23 de agosto de 1990, publicado el D.O. 5 de enero de 1991.

comparecencia de particulares. La decisión de la Corte puede consistir en una orden al Estado para que cese en su actuación lesiva de los derechos, reparar las consecuencias y, si fuere procedente, puede ordenar el pago de una indemnización (artículo 63). La Corte también puede ser consultada por los Estados sobre la interpretación de la Convención (función consultiva, artículo 64).

DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las mayores dificultades que enfrenta el estudio de los derechos fundamentales radica en la gran variedad de términos usados en la actualidad para aludir a los derechos del hombre. Se habla de derechos humanos, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos individuales, derechos públicos subjetivos, derechos de la persona (humana), derechos morales, derechos naturales, libertades públicas, libertades fundamentales, derechos naturales, derechos civiles (*civil rights*), etc. Esta variedad de alternativas constituye una dificultad desde el momento en que no se trata de la mera acumulación de nombres para aludir a un mismo objeto, sino que cada una de estas denominaciones suscita controversia respecto de su sentido. La pluralidad de términos significa aquí desacuerdo en torno a los conceptos⁶².

§ 12. DERECHOS HUMANOS

¿UN TÉRMINO PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

El problema puede plantearse a partir de aquella denominación que parece asumir un carácter de mayor generalidad, la de "derechos humanos". El término ha alcanzado tales niveles de imprecisión que se llega a afirmar que la denuncia de su oscuridad y ambigüedad constituye un lugar común en los estudios sobre derechos humanos⁶³.

⁶² Para una exposición del problema en torno a los términos "derechos humanos", "derechos fundamentales" y "derechos morales" en España se puede consultar el trabajo de BARRANCO AVILÉS (1996). Ya antes, Antonio E. Pérez Luño, en el capítulo primero de su obra *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1ª edición, 1984, pp. 21 y ss. Hay una 7ª edición de 2001, que es la que se cita en este trabajo. También, en una aproximación lingüística, PECES-BARBA (1991), pp. 21 y ss. El trabajo de CRUZ PARCERO (2007) contiene un interesante desarrollo sobre los tópicos derechos subjetivos, derechos morales, derechos sociales, derechos colectivos y crítica al lenguaje de los derechos.

⁶³ BARRANCO AVILÉS (1996), p. 4.

Dentro de un concepto que agrupe al menos los elementos de consenso, el contenido de la expresión “derechos humanos”, en sentido restringido, alude a ciertos atributos, facultades o capacidades que son reconocidos a todos los individuos de la especie humana, y cuya consagración positiva y respeto efectivo se reclaman de todo sistema político-jurídico⁶⁴. Este reclamo se articula a nivel de la comunidad internacional desde 1948, en declaraciones y acuerdos, por lo que el uso de la expresión “derechos humanos” es propio (aun cuando no necesariamente exclusivo) de este ámbito. Constituye de esta forma un concepto que une aspectos morales y aspectos jurídicos, ya que, si bien predica estos atributos como adscritos de manera directa a todo individuo humano (y por lo tanto no dependientes de su reconocimiento positivo en cada caso), persigue precisamente su concreción en los ordenamientos jurídicos positivos. En esta función, el concepto de “derechos humanos” es también una pauta o criterio para la evaluación de la legitimidad de un sistema político⁶⁵.

En un sentido más amplio, el uso de la expresión “derechos humanos” puede cubrir un universo mucho menos exigente desde un punto de vista conceptual, a saber, simplemente, la suma de las aspiraciones humanas, como conjunto de pretensiones legítimas, aun cuando ellas no puedan entenderse como atributos de todo individuo (ya sea porque se reconocen sólo a algunas categorías de individuos, como los derechos de la mujer, o del niño, ya sea porque se reconocen con carácter colectivo) ni puedan vincularse a la específica forma de configurar la legitimidad del poder político. Se trata de una suerte de “programas sobre lo deseable”, que en oportunidades tienen como destinatario al Estado para orientar sus posibilidades materiales de acción (como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales), y en otros casos a la comunidad internacional como principios directrices de la actuación a nivel de relaciones internacionales (por ejemplo, la idea de un “derecho al desarrollo”).

Se ha sugerido, de acuerdo a lo anterior, reservar la expresión “derechos humanos”, que no corresponde a un lenguaje jurídico, sino a un lenguaje vulgar, para

su uso en el ámbito de la filosofía del derecho⁶⁶. A ésta le tocaría, en cuanto tiene por objeto de estudio los derechos humanos, examinar cuáles atributos pueden ser reconocidos a todo individuo de la especie humana por el hecho de ser tal y, a su vez, dentro del universo de posibilidades de desarrollo pleno del ser humano, qué aspectos deben ser reconocidos como derechos (en contraposición a aquellos que deban permanecer como meros intereses o aspiraciones no protegidos jurídicamente) y, por lo tanto, reclaman una consagración positiva. El análisis jurídico se radicaría, luego, en el plano teminológico de los derechos fundamentales, como derechos humanos positivados.

§ 13. DERECHOS FUNDAMENTALES

La expresión “derechos fundamentales” apunta a un concepto jurídico⁶⁷. En un sentido general, y que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional⁶⁸. En este sentido, el criterio para el uso de la voz “derechos fundamentales” es meramente formal, y consiste en el reconocimiento constitucional de ciertos derechos, no importando la entidad de los mismos⁶⁹.

Otra postura, en cambio, expone la idea de “derechos fundamentales” como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre. Se trata de derechos fundamentales en cuanto conciernen “*las dimensiones más entrañables de la personalidad de modo que con tal expresión queremos destacar que se trata de unos derechos diferentes de otras facultades subjetivas que no atañen sino a circunstancias contingentes, particularizadas de las personas, no siendo atribuibles sin más a todo hombre*”⁷⁰. Se trata de aquellos atribu-

⁶⁶ Esta es una propuesta de origen hispánico, y según Barranco se justifica en que no existe, al menos en la filosofía del derecho española, una expresión que sirva de sinónimo perfecto a la de “derechos humanos”, y que permita conjugar el ámbito moral, político y jurídico donde se mueve, precisamente, la reflexión sobre ellos. Cfr. BARRANCO AVILÉS (1996), pp. 75, 76.

⁶⁷ Cfr. PALOMBELLA (2006), p. 27.

⁶⁸ BARRANCO AVILÉS (1996) pp. 33, 37, en referencia a G. Peces-Barba, p. 79; STERN (1988), p. 221; KIMMINICH (1973), pp. 62 y ss.

⁶⁹ La identificación entre derechos fundamentales con derechos consagrados positivamente en la Constitución corresponde precisamente a la Ley Fundamental de Bonn: los *Grundrechte* (literalmente, derechos fundamentales) son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (*Menschenrechte*) y derechos fundamentales (*Grundrechte*). A partir del texto de la Constitución de 1978 (Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión “derechos fundamentales”.

⁷⁰ Fernández Galiano, A. citado en BARRANCO AVILÉS (1996), p. 40.

⁶⁴ Cfr. la propuesta de definición de Pérez Luño, para quien “...los derechos humanos aparecen un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, en PÉREZ LUÑO (2001), p. 48.

⁶⁵ Aludiendo a Luis Prieto, expresa Barranco que para este autor, los elementos que configuran el ‘núcleo de certeza’ de la expresión “derechos humanos” son dos. El primero consistiría en que ellos constituyen “el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad”; el segundo es que “asumen una cualidad legitimadora del poder, que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por tanto, para que éstas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos”, BARRANCO AVILÉS (1996), p. 9.

tos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquellos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a una vida digna⁷¹. Esta visión podría sintetizarse, entonces, en la idea de derechos fundamentales como derechos que junto con considerarse naturales o innatos, tienen un carácter primario o básico; su carácter fundamental alude a su importancia o trascendencia para el desarrollo de la persona. Para efectos de claridad, en el presente trabajo se aludirá a este sentido de los “derechos fundamentales” con la expresión “derechos esenciales”.

Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales”, en un sentido formal o estructural, para “*aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar*”⁷². El rasgo definitorio de los derechos fundamentales sería, según esta posición, su universalidad, sin atender a la naturaleza o importancia de los intereses protegidos bajo este concepto⁷³.

La divergencia entre estos tres sentidos sólo es comprensible a partir del fenómeno de inflación de los derechos experimentado durante el siglo XX, especialmente a partir de su segunda mitad, donde se incorporan a los textos constitucionales derechos que carecen de la trascendencia, o bien de la universalidad de aquellos contenidos en las primeras declaraciones. En sus orígenes⁷⁴, en cambio, la noción de derechos fundamentales tiene rasgos de las tres acepciones enunciadas precedentemente, pero con una nota adicional; se trata de ciertos derechos que corresponden a todos los seres humanos, o bien a todo ciudadano en cuanto miembro activo del Estado, y que se consideran tan relevantes que se estima necesario fijarlos por escrito (en declaraciones o constituciones) a fin de plasmar, en el respectivo documento, los fundamentos de la organización política. Este es el sentido señalado en el propio preámbulo de la *Declaración* francesa de 1789, para los derechos que llama “naturales, inalienables y sagrados”, y es así también como las “disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”, en la francesa de 1791 son, precisamente, disposiciones sobre derechos del hombre. En consecuencia, son fundamentales, no tanto desde la perspectiva del individuo (aunque también lo sean para

él) sino desde la perspectiva de la organización política cuya base o fundamento de legitimidad van a constituir. Y esto explica que encontremos una declaración como la francesa de 1789 compuesta, casi por mitades, de derechos individuales y de principios de organización política (ver § 9). Este sería el sentido propio, al menos en una perspectiva histórica, de la expresión “derechos fundamentales”.

Una solución a la dificultad que plantea la actual pluralidad de sentidos propuestos para la expresión “derechos fundamentales” podría consistir en distinguir entre un aspecto formal y un aspecto material del carácter fundamental o “fundamentalidad”⁷⁵ de los derechos. El aspecto formal de esta fundamentalidad se encuentra asociado a su constitucionalización e implica: a) que los preceptos que consagran derechos fundamentales, en cuanto preceptos fundamentales, gozan de una posición de supremacía en el ordenamiento jurídico; b) que en cuanto preceptos constitucionales se ven afectados por los requisitos especiales de la reforma constitucional; c) que como preceptos que da origen a normas vinculantes consituyen exigencias materiales del ejercicio de las competencias de los órganos públicos⁷⁶. El aspecto material de la fundamentalidad alude al carácter de ciertos derechos como elementos constitutivos del orden político, se encuentren o no consagrados en el texto constitucional. Cuando ellos están en el texto constitucional, asumen una función especial, distinta de otros derechos “meramente constitucionales”, en cuanto a partir de los derechos fundamentales en sentido material se puede llegar a construir una teoría de límites implícitos al poder constituyente derivado. Cuando no se encuentran consagrados en el texto constitucional, la idea de derechos fundamentales en sentido material justifica lo que se ha denominado la “cláusula abierta” de derechos fundamentales, aludiendo a la apertura del sistema de fuentes para considerar, como parte del ordenamiento constitucional, derechos fundamentales aun cuando no incorporados en el texto de la constitución⁷⁷.

⁷⁵ Término tomado de la traducción al castellano de la expresión usada en el original en alemán de la obra de ALEXY (1993), pp. 503 y ss.

⁷⁶ GOMES CANOTILHO (2002) p. 377. Este autor agrega como nota distintiva de la fundamentalidad formal el hecho de que los derechos consagrados en disposiciones constitucionales se pueden alzar, eventualmente, como límites al propio poder constituyente. En mi opinión, esto sólo ocurre cuando aparte de encontrarse recogidos en el texto constitucional, tienen el carácter de derechos fundamentales en sentido material.

⁷⁷ La distinción conceptual adquiere aquí una evidente dimensión práctica: la cláusula abierta no constituye una habilitación ilimitada al intérprete constitucional, o al respectivo órgano de jurisdicción constitucional, para “descubrir” un catálogo de derechos fundamentales implícitos en una constitución, bajo la mera excusa de la apertura de dicha cláusula y con el efecto de reducir las facultades de la mayoría en el poder legislativo. Solamente derechos cuya materialidad fundamental sea demostrable pueden postularse como derechos fundamentales implícitos.

⁷¹ BARRANCO AVILÉS (1996), p. 43.

⁷² FERRAIOLI (1999), p. 37.

⁷³ Señala Ferrajoli que si el derecho a fumar se estableciese como un derecho universal, sería fundamental en el sentido que él propone para la expresión “derechos fundamentales”, FERRAIOLI (1999) p. 38.

⁷⁴ Pérez Luño sitúa la aparición del término “derechos fundamentales” en Francia, hacia 1770. PÉREZ LUÑO (2001), p. 30.

§ 14. DERECHOS CONSTITUCIONALES

El concepto de derechos constitucionales es mucho más acotado, y presenta una menor ambigüedad, en cuanto alude siempre a los derechos contenidos en un determinado documento constitucional, usualmente, en un catálogo o listado de derechos, el que puede intentar extenderse a todos los derechos esenciales, o bien excluir algunos, y puede también incluir a otros que no pueden ser calificados ni como derechos esenciales ni como derechos fundamentales en un sentido material (ej: derecho a indemnización por error judicial). En Chile, esta noción de derechos constitucionales resulta congruente con el nombre del capítulo III de la Constitución, "De los derechos y deberes constitucionales". Los problemas de nomenclatura derivados de la utilización de diversos términos en nuestra carta constitucional se tratarán más adelante, en el apartado dedicado a los derechos fundamentales en la Constitución. Para evitar desde ya la posible confusión, se utilizará en adelante la expresión derechos fundamentales constitucionales para significar derechos fundamentales en su aspecto formal, esto es, derechos fundamentales que se encuentran expresamente reconocidos en el texto constitucional.

§ 15. DERECHOS MORALES

En el ámbito anglosajón, pero con ocasional recepción en la doctrina de habla hispana⁷⁸, se encuentra el término "derechos morales". No obstante la distinción terminológica, su concepto no se aparta sustantivamente del expuesto antes para los derechos humanos: se trataría de exigencias éticas que la filosofía de los derechos humanos concedería en llamar derechos, porque el derecho positivo no puede crear a su voluntad su propio sistema de derechos fundamentales. El concepto ya visto de derechos humanos, entonces, se desglosaría en dos momentos: el de los derechos morales, como exigencias éticas de reconocimiento, y el de los derechos fundamentales, como las mismas exigencias cuando alcanzan consagración positiva⁷⁹.

Una alternativa en la comprensión de este término es aquella que entiende los derechos morales como derechos humanos fundamentales en su acepción de derechos esenciales⁸⁰. Desconociendo el origen histórico de la expresión "derechos

morales", podría aventurar como hipótesis el que, en este significado, el término pudo surgir en una cultura jurídica que, ante la inexistencia de declaraciones de derechos como derechos fundamentales, y en algunos casos, incluso, ante la ausencia de una constitución escrita como base suprema de la institucionalización del poder, cual es el caso en el Reino Unido, estima necesario hacer la distinción, al interior de los derechos de los individuos –todos los *rights*– de ciertos derechos de especial entidad (aquellos para cuya existencia se pueden dar razones morales) dentro de este universo, en el cual no existen otros criterios de distinción, como los que han surgido a partir del constitucionalismo continental.

§ 16. DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Es frecuente que los derechos fundamentales, o los derechos constitucionales, sean considerados como derechos subjetivos o, más precisamente, como derechos subjetivos públicos. La expresión contiene la de derecho subjetivo, noción que, según Guzmán (refutando a Villey⁸¹) nace en el pensamiento de los canonistas del siglo XI⁸², y que posteriormente es desarrollada por la Segunda Escolástica, pasando por la Escuela del Derecho Natural y de Gentes (en especial Wolff), hasta llegar a Kant, Hegel y, tras Savigny, a la Pandectística de Puchta y Windscheid⁸³. En todos ellos, la evolución es el paso continuo a través de un hilo conductor, que va desde la definición de Ockham, de *ius* como "*potestas... qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invito*" (la potestad... de la cual nadie debe ser privado en contra de su voluntad sin culpa suya a no ser que medie una causa racional)⁸⁴ a la noción de derecho subjetivo como poder de la voluntad (una *Willensmacht*, según Windscheid). En una dirección de retorno a la idea romana de *ius* como cosa⁸⁵, Ihering sugerirá un concepto distinto de derechos subjetivos, como intereses jurídicamente protegidos.

El punto de partida, si no del término derechos subjetivos públicos, al menos de su difusión, se encuentra en la obra de Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte (Sistema de los derechos públicos subjetivos)*⁸⁶. Este autor alemán

⁸¹ Según el cual la idea de derecho subjetivo se origina en el pensamiento de Ockham. Cfr. VILLEY (1976).

⁸² GUZMAN BRITO (2003).

⁸³ GUZMAN BRITO (2003), p. 415.

⁸⁴ Citado en VILLEY (1976), p. 177.

⁸⁵ Así la interpretación de VILLEY (1976), p. 230.

⁸⁶ 1ª Edición de 1892, 2ª Edición de 1919. Se ha tenido a la vista la reimpresión de 1964, de la 2ª edición de Tübingen, de 1919, Editorial Scientia, Aalen.

⁷⁸ Por todos, con abundante bibliografía, CRUZ PARCERO (2007).

⁷⁹ BIDART CAMPOS (1993) con referencias a Carlos Nino (*Introducción al análisis del Derecho*) y Eusebio Fernández (*Teoría de la justicia y derechos humanos*); en el caso de este último, según lo plantea BARRANCO AVILÉS (1996), la expresión derechos morales sería sinónima de derechos humanos fundamentales.

⁸⁰ Fernández, E., citado por BARRANCO AVILÉS (1996) p. 57.

recoge la categoría de los derechos subjetivos y sistematiza una distinción entre derechos públicos subjetivos y derechos subjetivos privados. Puede decirse que es a partir de su influencia en la doctrina alemana del siglo XX (en especial, después de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn), y su aceptación por la doctrina extranjera, que la expresión “derechos subjetivos públicos” se establece en el lenguaje del derecho constitucional para aludir a los derechos fundamentales. Valga la precisión en el sentido que el término, tal como lo emplea Jellinek, es de traducción más precisa en la expresión “derechos públicos subjetivos” que en su variante “derechos subjetivos públicos”⁸⁷, como resulta de lo que se explica a continuación.

La obra de Jellinek es un intento por ordenar el complejo sistema de fuentes resultante de la evolución alemana en la formación del Imperio Alemán en 1871. La fórmula imperial era particularmente compleja en términos de derecho público, de titulares de la soberanía y de las potestades públicas. En este contexto, Jellinek introduce la noción de derechos públicos subjetivos como categoría unitaria que permita explicar las posibilidades de acción al interior de las relaciones jurídicas de derecho público. De este modo, la noción de derechos públicos subjetivos adquiere en este autor una precisión que no permite identificarla sin más con las diferentes acepciones que de “derecho subjetivo” se han dado en la evolución del concepto, en el ámbito del derecho privado⁸⁸. En su *Sistema* intenta conciliar las concepciones “voluntaristas” de derecho subjetivo con las ideas de Ihering, señalando que el derecho subjetivo como interés constituye el necesario complemento de una noción de derecho subjetivo como voluntad, la que nunca

puede simplemente querer, sino solamente querer algo, siendo ese algo el bien, interés o valor protegido por el derecho. De esta forma, el poder de voluntad constituiría el elemento formal, el interés, el elemento material de un mismo concepto de derecho subjetivo.

Sin embargo, y más allá de su desarrollo de la idea de derecho subjetivo, lo específico y particular de la noción “derecho público subjetivo”, según Jellinek, radicaría en la capacidad de poner en movimiento las normas (del derecho objetivo) en beneficio individual. Por lo tanto, este derecho (público subjetivo) se agotaría en la relación del individuo con el Estado⁸⁹. Mientras que los derechos subjetivos privados se refieren al permiso otorgado por el derecho para realizar ciertas acciones jurídicamente relevantes (*Dürfen*), y por tanto no afectan a la personalidad del sujeto, sino que se refieren a otra personalidad situada en un plano de igualdad, los derechos públicos subjetivos se refieren a un “poder hacer” jurídicamente garantizado, una atribución de poder (*Können*), y son definitorios de la personalidad jurídica⁹⁰; los derechos públicos subjetivos no pueden modificarse sin alterar, al mismo tiempo, la personalidad jurídica del respectivo individuo o entidad.

A partir de esta fórmula de Jellinek, la denominación o calificación de los derechos fundamentales o constitucionales como derechos subjetivos ha obtenido un generalizado reconocimiento. Sin embargo, la forma en que se adopta la nomenclatura de Jellinek —usualmente en desconocimiento de su obra— suele identificar sin más la noción de “derecho subjetivo público” con la noción de “derecho subjetivo” que se maneja en el derecho privado, lo que implica una contradicción o, al menos, una incongruencia con la nomenclatura propuesta por este autor, por varias razones: a) para Jellinek no existe un vínculo necesario entre la noción de derecho público subjetivo e individuo, rasgo que parece ser definitorio para quienes han adoptado el término para aplicárselo a los derechos funda-

⁸⁷ Sobre este punto podría debatirse, pero la expresión *subjetiven öffentliche Rechte* puede traducirse tanto como “derechos públicos subjetivos” cuanto como “derechos subjetivos públicos”. En un primer momento, me pareció que la traducción correcta era la segunda, por no ser corriente la categoría de “derechos públicos” y por el propio desarrollo que Jellinek hace de la noción de derecho subjetivo para precisar la categoría que utilizará. Sin embargo, cuando se aprecia la obra en su conjunto, se observa que el intento de Jellinek va dirigido a explicar las condiciones en que el derecho público, o más precisamente, la diversidad de posiciones jurídicas regidas por el derecho público, pueden ser “actuadas” u “operadas” por un sujeto que es parte de las relaciones en que dichas posiciones jurídicas se actualizan. En este sentido, quizás sea más precisa la traducción “derechos públicos subjetivos”.

⁸⁸ El mismo Jellinek expresa que su intención es analizar “...la totalidad del derecho público desde el punto de vista de los derechos subjetivos. Un corte transversal del derecho público mostrará cómo su completa estructura se encuentra horadada en todos sus puntos por la articulación de los derechos subjetivos, los que, en todo caso, se diferencian en su naturaleza esencialmente de aquellos que se denominan de igual modo en la teoría del derecho privado” (*Es soll mit einem Worte „...das gesamte öffentliche Recht unter dem Gesichtspunkte des subjektiven Rechtes betrachtet werden. Ein Querschnitt gleichsam durch das öffentliche Recht wird zeigen, dass seine ganze Struktur an allen Punkten von dem Geflechte subjektiver Rechte durchgezogen ist, die allerdings in ihrer Eigenart von dem, was man in der privatrechtlichen Theorie also nennt, sich wesentlich unterscheiden“*), JELLINEK (1964), p. 8.

⁸⁹ JELLINEK (1964) p. 50: “*Allein das subjektive Recht des einzelnen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts besteht ausschliesslich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen. Da es sich in der Beziehung des Individuums zum Staate erschöpft, so ist in ihm kein Moment enthalten, welches unmittelbar ein Verhältnis zu anderen subjuzierten Persönlichkeiten hervorrufen könnte.*” “El derecho subjetivo del individuo en el ámbito del derecho público consiste exclusivamente en la facultad de poner en movimiento normas en beneficio del interés individual. Puesto que se agota en la relación del individuo con el Estado, no contiene ningún momento que haga presente una relación inmediata con otras personalidades sometidas (al Estado)”.

⁹⁰ Del individuo que cumple con los requisitos para ser calificado como persona, o de cualquier otra entidad con voluntad a la que se le reconozca personalidad. La personalidad misma sería *iuris publici*, una relación del individuo respecto del Estado, relación que lo califica en un determinado status: mientras que el derecho se tiene, se es persona: el derecho tendría un haber por contenido; la personalidad un ser. JELLINEK (1964), pp. 83, 84.

mentales. Todo órgano del Estado, toda corporación, sea de derecho privado, sea de derecho público, puede gozar, según Jellinek, de estos derechos públicos subjetivos; b) todas las facultades de actuar jurídico (*Können*) son derechos públicos subjetivos, por lo que no se puede distinguir entre derechos fundamentales y, por ejemplo, la solicitud de una certificación ante la autoridad administrativa, o la reclamación (jurídicamente regulada) respecto de un acto electoral que se estima viciado. También son derechos públicos subjetivos, por ejemplo, las facultades de una autoridad pública para demandar el pago de los impuestos; c) Jellinek excluye de la noción de derecho público subjetivo elementos tales como el derecho a la igualdad, al juez natural y a la publicidad de los procedimientos judiciales⁹¹, que hoy se suelen incluir, sin objeciones o discusión doctrinaria relevante, dentro del listado de derechos fundamentales; d) un último punto, y quizás en el que más se aparta el uso actual del término derechos subjetivos públicos de la nomenclatura propuesta por Jellinek, radica en que, con esta denominación, en la doctrina actual, se quiere significar que el individuo es titular de derechos fundamentales respecto de la autoridad, así como también respecto de los particulares. Este punto es incompatible con el concepto de derecho público subjetivo de Jellinek, en cuanto, y como se ha mencionado, éste se agota en la relación del individuo con el Estado y no contiene momento alguno que haga presente la relación del individuo con otras personas sometidas al Estado.

La calificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos ha sido objeto de críticas⁹². Por una parte, por las dificultades intrínsecas que plantea la terminología del derecho subjetivo para describir adecuadamente la relación entre un individuo, titular de atributos que deben ser respetados, y facultado para actuar en su defensa, y un Estado que es al mismo tiempo posible amenaza y garante de su protección. Por otro lado, porque estas dificultades han dejado

⁹¹ JELLINEK (1964) p. 72: "So bergen Sätze wie die, welche die Rechtsgleichheit der Bürger, das Verbot von Ausnahmengerichten statuieren...die Prinzipien der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens aussprechen, nur objektives, aber nicht subjektives Recht in sich". "Así, preceptos que consagran la igualdad jurídica de los ciudadanos, prohibición de tribunales de excepción...o que expresan el principio de oralidad y publicidad de los procedimientos judiciales, sólo encierran en sí derecho objetivo, mas no derecho subjetivo".

⁹² Respecto del derecho público subjetivo, Peña Freire expresa: "...la superación del modelo liberal y legislativo de Estado es también la superación de la figura del derecho público subjetivo que ha determinado el progresivo abandono de esta teoría para explicar el sentido y funciones de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho." PEÑA FREIRE (1997) p. 135; y luego, respecto del derecho subjetivo, expone en p. 142 y ss., las dificultades e inconvenientes de situar a los derechos subjetivos como eje del sistema de garantías. Pueden mencionarse también las objeciones de Pérez Luño, tanto respecto del par "derechos humanos y derechos subjetivos" como del par "derechos humanos y derechos públicos subjetivos", PÉREZ LUÑO (2001), pp. 31-34.

al descubierto, de manera cada vez más evidente, el rol que los derechos fundamentales juegan como derecho objetivo respecto del ejercicio del poder estatal, rol que su tratamiento como derechos subjetivos tiende a oscurecer. Lo particular del reconocimiento de los derechos en el Constitucionalismo (y aquí, específicamente, en Francia) no corresponde a la idea, ya conocida en la Edad Media, de reconocer o garantizar ciertos derechos de personas o grupos frente al gobernante, sino a su función dentro de un cambio en la idea de la fuente de legitimidad del poder estatal. Este aspecto básico suele ser postergado a un segundo plano, ya que en su desarrollo, desde fines del siglo XVIII, pasando por el XIX, y hasta nuestros días, la lucha por el reconocimiento de estos derechos siempre aparece, en primera línea, dirigida a cumplir una función limitadora de los poderes del gobernante respecto de los individuos (y éste es el aspecto que enfatiza un concepto de derechos fundamentales como derechos subjetivos). Sin embargo, en un sentido más profundo, su función es política; los derechos fundamentales contemplados en un texto constitucional definen el objeto y fin de la organización política, las condiciones bajo las cuales el ejercicio del poder estatal podrá estimarse legítimo, sobre la base del principio del consentimiento o adhesión individual y la posibilidad de participación en los procesos de toma de decisiones públicas. De este modo, la función primaria (aunque no aparente) de los derechos fundamentales es que ellos forman parte del principio de legitimidad, *constituyendo* el poder. El carácter de los derechos fundamentales como límites al poder estatal, como "derechos de defensa"⁹³ aparece sólo en un segundo momento, como resultado de la percepción de las inclinaciones "demoníacas" de quienes se encuentran en posiciones de poder, hacia su abuso. De este modo, los derechos fundamentales no se dirigen contra el poder del Estado que actúa conforme al principio de legitimidad, incluso cuando los afecta, sino contra aquellas de sus manifestaciones que se apartan de dicho principio. Es aquí donde aparece el deber de defensa por parte del Estado que, en este contexto, se dirige en contra de sus propios agentes. Los derechos fundamentales, incluso considerados como derechos de defensa, no son, por tanto, derechos a un no hacer estatal, sino que mucho más, derechos a un hacer positivo: proveer mecanismos efectivos para que aquella actuación que va en contra de la base de legitimidad sea superada, o bien, sancionar a aquellos que actuaron en contravención a la misma (y aun cuando la intervención en el respectivo ámbito ya no sea reparable).

⁹³ La función de los derechos fundamentales como límite a la actuación del Estado, lo que se conoce como función de defensa, es considerada por algunos autores como la función "clásica" o liberal de los derechos fundamentales. Cfr. SCHLINK (1984); GRIMM (1994).

§ 17. ¿DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS PERSONALES?

Una demostración de lo nocivo que puede llegar a ser el intentar extrapolar la categoría “derecho subjetivo” del derecho privado a la dimensión de los derechos fundamentales se encuentra en un trabajo de Alejandro Guzmán Brito. A partir de una concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en el sentido en que se ocupa esta expresión en el derecho privado, se llega a plantear la cuestión de determinar su ubicación en la nomenclatura, proveniente del Derecho Romano, que distingue entre derechos reales y derechos personales. Guzmán escribe: *“La Constitución, pues, está inmersa en la forma técnico-idelógica de los derechos subjetivos. Las garantías que ofrece están planteadas por regla muy constante, desde el punto de vista del individuo y para él; no desde el punto de vista de principios e instituciones. (...) Ahora bien, esta técnica escogida por la Constitución...conduce a plantear el problema de la naturaleza real o personal de los derechos declarados en ella. Este planteamiento es ineludible, sin que valga decidirlo a priori con la afirmación de que esa dualidad es inaplicable a tal género de derechos, lo cual no es más que una manera de esquivar el problema”*.⁹⁴ Y, remitiendo al lector, en el desarrollo de la cuestión, a su obra *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*⁹⁵, afirma que los derechos humanos son personales. Se trataría, no obstante, de derechos personales con una especial característica, y es que serían reclamables de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional.

Sin perjuicio de que esta mutación del concepto de derechos personales parece un poco forzada respecto del propio derecho privado, la cuestión misma de clasificar los derechos fundamentales como derechos reales o personales carece de sentido. Esto no significa esquivar un problema real, sino que denunciarlo como aparente. Si bien el uso del lenguaje ha permitido una cierta ilusión de continuidad respecto de la figura conceptual de los derechos subjetivos, no es posible establecer una identidad entre la moderna noción de derechos fundamentales, incluso calificados como derechos subjetivos públicos, y la noción tradicional de derecho subjetivo. Su elemento común se limita al reconocimiento de poderes al individuo, pero en condiciones radicalmente distintas en uno y otro caso. En efecto, mientras que el individuo puede en cualquier momento de su vida adquirir derechos subjetivos privados, reales o personales, o desprenderse en la mayor parte de los casos de ellos, sin que se vea afectada su calidad de persona ni su dignidad, los derechos fundamentales corresponden a aquellos atributos que se le

⁹⁴ GUZMÁN BRITO (2001), pp. 31-32.

⁹⁵ GUZMÁN BRITO (1995), pp. 83-85.

reconocen a cada individuo en el ordenamiento jurídico, por el solo hecho de ser tal (para muchos, como concreción de su dignidad). Jurídicamente hablando, sólo pueden ser afectados o lesionados, pero no se concibe una “pérdida” o “adquisición” de derechos fundamentales⁹⁶. Siendo así, e incluso constatando la común referencia a su carácter de derechos subjetivos, parece más conveniente mantener una separación entre un concepto, el de derecho subjetivo privado, nacido en un contexto jurídico determinado, específicamente, el derecho privado, y estrechamente ligado al ámbito patrimonial⁹⁷, y otro, el de derecho subjetivo público, nacido en un contexto distinto, el de los derechos del hombre como principios fundantes del derecho público contemporáneo.

§ 18. DERECHOS CIVILES, DERECHOS POLÍTICOS, DERECHOS SOCIALES, DERECHOS ECONÓMICOS

Dentro de la terminología corriente para aludir a los derechos individuales se encuentra la distinción entre derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Podría estimarse que, más que denominaciones específicas para categorías determinadas, se trata simplemente de una clasificación al interior de los derechos fundamentales (sede usual para ubicar a los derechos civiles y políticos) o de los derechos humanos (en la cual, a los anteriores, se agregan los derechos económicos, sociales y culturales). Esta apreciación, sin embargo, no es del todo correcta. Por una parte, ya al interior del clásico binomio derechos civiles y derechos políticos se encuentra una diferencia estructural esencial: los primeros pueden predicarse de todo individuo, en cuanto parte del género humano. Son, si se quiere, los derechos innatos en su sentido más preciso. En cambio, los derechos políticos corresponden a los individuos en cuanto éstos califican para un estatus previamente definido por el ordenamiento de la respectiva comunidad política: la inclusión en la comunidad, en cuanto nacional del Estado, y la incorporación

⁹⁶ Cfr. al respecto la postura del mismo JELLINEK (1964).

⁹⁷ Hasta donde alcanza mi limitado conocimiento en la materia, la doctrina del derecho civil no ha pretendido ingresar la categoría de los derechos o atributos de la personalidad (la más cercana conceptualmente a la de derechos fundamentales) dentro de la clasificación de los derechos reales y personales. La tesis de Guzmán no es sino indicativa del problema conceptual más profundo al que ha conducido el uso del nombre “derechos subjetivos” en el campo de los derechos fundamentales, y que es su “sustancialización” o “cosificación”: los derechos fundamentales, ingresando al discurso de los derechos subjetivos, empiezan a ser apreciados como “bienes”. Estos bienes pasan a ser considerados luego verdaderos objetos en relación a su sujeto titular (como pueden serlo los derechos reales y los personales). Con esto se abandona una sana estructura conceptual en que los derechos fundamentales se aprecian en lo que son: fórmulas lingüísticas para aludir a dimensiones del propio sujeto jurídicamente tuteladas (y no facultades del individuo definidas en torno a objetos distintos a él).

como miembro activo de la misma, en cuanto ciudadano. Estas calidades no son innatas y de hecho no las puede reclamar todo individuo sino de acuerdo a ciertas definiciones convencionales adoptadas por cada Estado. Así, por ejemplo, si bien se predica a nivel de derechos humanos que todo individuo tiene derecho a una nacionalidad, este predicado no le habilita para exigir una nacionalidad determinada si no cumple con los requisitos de adscripción del respectivo Estado. Eventualmente, podría quedar en condición de apátrida sin que se pudiese acusar a un ordenamiento jurídico en particular de lesionar el “derecho” del individuo a su nacionalidad: no hay un derecho humano a una nacionalidad otorgada necesariamente por *ius solis* o *ius sanguinis*, u otra fuente cualquiera de la nacionalidad. Cosa parecida ocurre con los derechos políticos: si bien es deseable como principio la idea de una ciudadanía extendida, se sigue reconociendo a los Estados la facultad de definir el conjunto de requisitos necesarios para incorporarse plenamente a la comunidad política. Es aquí entonces donde resulta necesario discutir la terminología, ya que mientras los derechos civiles pueden considerarse fundamentales en el sentido de derechos innatos o esenciales, los derechos políticos sólo lo son en su sentido material, esto es, en cuanto bases de un ordenamiento constitucional.

Distinta es la situación que se plantea respecto de los derechos económicos, sociales y culturales. Dentro de las muchas diferencias que es posible trazar en relación con los derechos civiles y políticos, puede destacarse en particular su estructura lógico normativa. Ella se refiere a la condicionalidad intrínseca de estos derechos. Bien puede sostenerse que la dependencia de los recursos económicos es común para la vigencia de todos los derechos; por ejemplo ¿cómo podría darse un adecuado proceso sin los medios materiales para el funcionamiento del órgano jurisdiccional? Sin embargo, este argumento, que atañe al problema de la garantía de los derechos⁹⁸, pasa por alto que la diferencia va más allá de la efectiva satisfacción del derecho, y se radica a nivel lógico. Los derechos civiles y políticos son exigibles siempre y en todo caso en el nivel de recursos económicos existentes y, por lo tanto, son independientes de los mismos. Si un sistema judicial opera con pocos recursos financieros podrá ser, en los hechos, insatisfactorio, pero la demanda normativa que emana de la garantía del debido proceso permanece inalterada. En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales involucran en la mayor parte de los casos una condicionalidad económica como parte estructural de su contenido normativo. Por lo demás, no puede ser de otra manera: mientras que los derechos civiles y políticos disponen, en su contenido, sólo so-

bre recursos jurídicos, los segundos involucran justamente un contenido que no sólo dispone respecto de recursos jurídicos sino, también, económicos⁹⁹.

El predicamento anterior se registra de manera patente a nivel de obligaciones internacionales contraídas por los respectivos Estados. Los derechos civiles y políticos sólo admiten condicionantes provenientes del propio sistema político y con carácter excepcional (artículo 4º del PIDCP, artículo 27 CADH); en cambio, las obligaciones contraídas por los Estados en materias de derechos económicos, sociales y culturales se encuentran, de entrada, condicionadas a la medida en que los recursos permitan satisfacerlas (artículo 2º PIDESC).

§ 19. LAS GENERACIONES DE DERECHOS

Dentro de la evolución de los derechos en los siglos XIX y XX, y en especial en el campo de los derechos humanos entendidos en su sentido más amplio, se suele destacar por alguna doctrina su carácter progresivo, esto es, una tendencia constante a incrementar el listado de los derechos que se considera debido proteger (y que en su grado más acentuado ha llevado a hablar de una verdadera tendencia inflacionaria de los derechos humanos). Dentro de esta expansión se ha hecho corriente distribuir los derechos mencionados en el párrafo precedente, y algunos otros, entre diversas “generaciones” de derechos del hombre, de forma tal que se puede encontrar la mención a derechos de primera, segunda generación, etc. En un primer momento corresponden a sendas etapas en la concepción de la relación entre el individuo, el Estado y la comunidad (primeras tres generaciones de derechos), para aplicarse, a continuación, a áreas temáticas en el proceso de su proclamación (derechos de cuarta y quinta generación). Sin llegar a constituir la idea de generación de derechos un concepto jurídico, las distintas generaciones muestran rasgos diferenciados desde el punto de vista de su estructura.

La primera generación de derechos es la que corresponde a los llamados derechos civiles y políticos, contenidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, consistentes esencialmente en el resguardo de ámbitos de autonomía de los individuos (libertades) y derechos de participación política. Estos derechos de primera generación serían definitorios de la relación entre individuo y

⁹⁸ Sobre el tema de los derechos sociales y sus garantías, ver PISARELLO (2007).

⁹⁹ “...entre los derechos fundamentales o políticos y los derechos sociales hay una diferencia profunda. Los derechos políticos... son ante todo derechos frente al Estado. Y éste puede hacerlos respetar a sus funcionarios por medio de su sola y exclusiva actividad. Para que subsistan basta la voluntad estatal, o, si se prefiere, la voluntad del sistema político. El mantenimiento de los derechos «sociales», en cambio, exige esencialmente una actividad meta-estatal. Afectan a la economía, y precisan por tanto el concurso de la esfera privada. Sólo se pueden mantener en determinadas circunstancias, pues como mínimo precisan una recaudación fiscal suficiente para financiar las prestaciones que les dan contenido”. CAPELLA (2001) pp. 204, 205. Cfr. también GARCÍA AMADO (2007), p. 263.

Estado. Una segunda generación corresponde a los denominados derechos sociales, consistentes en demandas de prestaciones dirigidas hacia el poder político, cuyo fundamento sería la necesidad de satisfacer las carencias materiales más urgentes de los individuos, para, de esta manera, ubicarlos en una posición que les permita el ejercicio efectivo de los derechos de libertad, que se presentan como meramente ilusorios para aquellos que no logran satisfacer sus necesidades mínimas. Los derechos de la segunda generación expresan así un concepto sobre la relación entre el individuo y lo que a éste le debe la comunidad organizada. Luego, encontramos los derechos de tercera generación, que son calificados como derechos difusos, dentro de los cuales se comprende el derecho al desarrollo, a la paz, a la protección o conservación del medio ambiente, etc., y que son vistos como derechos de los pueblos frente a la comunidad internacional. Su característica principal es la discusión que motivan, tanto respecto de sus titulares, como en relación a los obligados, a su objeto, en fin, a su naturaleza como categoría jurídica. Más allá de estas tres generaciones, usuales en el tratamiento del tema, aparecen otras, como una cuarta, llamada por algún autor “derechos del iusnaturalismo libertario”, continente de los derechos al erotismo, a la libertad de relaciones sexuales, a la homosexualidad, a la contracepción subsidiada, etc., y una quinta, de “derechos infrahumanos”, cuyos titulares ya no pertenecen al género humano (por ejemplo, derechos de los animales) o bien ni siquiera al reino de los seres vivos (derechos de los ríos, montañas, mares, etc.).¹⁰⁰

Los efectos de esta tendencia expansiva son nefastos para el tratamiento de los derechos humanos. Como señala Massini, las distintas generaciones de derechos carecen de elementos en común, tanto respecto de su titular (que va desde el hombre a los seres inanimados, pasando por los grupos sociales y los animales) del sujeto obligado (el Estado, la comunidad de naciones, los individuos) así como respecto de su objeto, que en algunos casos (como en el derecho a la paz, al desarrollo) es imposible de determinar. Igual cosa sucede respecto de su fundamento (la naturaleza humana, la animalidad, las pulsiones eróticas, etc.). “*Todo esto no puede sino conducir, en el orden de la praxis humana, a la degradación de una idea que a fuerza de querer significarlo todo, termina no significando nada. En efecto, si bajo el concepto de “derechos” intentamos subsumir libertades, reclamos, aspiraciones legítimas, deseos utópicos, deberes de moral personal con animales, pulsiones instintivas e ideales conservacionistas, no pueden quedar dudas acerca de la vaguedad, indefinición y –por consiguiente– inutilidad práctica a que se verá abocado ese concepto. Y será muy difícil que se tome en serio una noción de esas características, sobre*

todo cuando su aceptación implica siempre obligaciones, a veces muy gravosas, para un sujeto o un grupo de sujetos”.¹⁰¹

Las dos primeras generaciones de derechos se suelen vincular, en términos muy generales, a dos conceptos o modelos de Estado. Los derechos de la primera generación o derechos y libertades “clásicos”, se insertan dentro del surgimiento del Constitucionalismo clásico que, a su vez, se asocia al nacimiento de la noción de Estado de Derecho, y con más precisión, de Estado Liberal de Derecho. Los derechos de segunda generación, económico-sociales, marcan lo que, según Vanossi, se ha denominado el “Constitucionalismo Social”¹⁰², y se encuentran íntimamente ligados a una de las concepciones del Estado Social de Derecho. Un análisis de la terminología usada para aludir a los derechos y libertades clásicos, y a aquellos económico-sociales, no es completo sin una consideración, aunque sólo sea preliminar, del sentido de las respectivas nociones y de la forma cómo, dentro de ellas, los derechos individuales se ubican y proyectan respecto del orden estatal.

¹⁰¹ MASSINI CORREAS (1994), p. 176.

¹⁰² VANOSI (2000) pp. 537 y ss. Los derechos económicos y sociales (pp. 540, 541, 544, 547, etc.) se incluirían dentro de una categoría mayor, las “cláusulas de contenido económico y social”, incorporadas en las constituciones en vistas a establecer la “democracia social”.

¹⁰⁰ MASSINI CORREAS (1994), pp. 173-176.

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 20. ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS DEL INDIVIDUO

En castellano, la expresión “Estado de Derecho” proviene directamente de la traducción, desde el alemán, del término “Rechtsstaat”. Este es un término relativamente nuevo en la iuspublicística¹⁰³, utilizado por primera vez por Carl Th. Welcker en 1813, y luego por Johann Christoph, barón de Aretin, en 1824, en su obra *Derecho de Estado de la Monarquía Constitucional*. En 1829, el término alcanza su consagración e ingresa a la discusión de la publicística alemana a través de la obra de Robert von Mohl, *Derecho de Estado del Reino de Württemberg*.

Para estos autores, el Estado de Derecho es un “estado de la razón” (*Vernunftstaat*), “estado del entendimiento” (v. Mohl) en el cual se gobierna a través de una voluntad general racional y en que la única finalidad perseguida es lo mejor para todos (*das allgemeine Beste*, v. Aretin). Se trata de un concepto del temprano liberalismo alemán, fuertemente influenciado por las ideas de la Ilustración, en particular, por el pensamiento de Kant, quien sostenía respecto de la constitución de un estado de la razón, lo siguiente: “*El estado de ciudadano, apreciado exclusivamente como un estado jurídico, se funda a priori en los siguientes principios: 1.- La libertad de cada miembro de la sociedad, como hombre; 2.- La igualdad del mismo con los demás, en cuanto súbditos; 3.- La autonomía de cada miembro de la comunidad, en cuanto ciudadano. Estos principios no son sólo leyes que el estado ya constituido otorga, sino aquellos únicos principios a partir de los cuales es posible la constitución de un estado en conformidad con la razón pura del derecho externo del hombre*” (*reinen Vernunftprinzipien des äußeren Menschenrechts*). El concepto de libertad es bastante preciso, y consiste en no obedecer a otra ley, sino a aquella a la que se haya prestado aprobación, a la que se haya adherido. Es por ello que el concepto

¹⁰³ BÖCKENFÖRDE (2000) Los primeros tres párrafos de este acápite siguen las tesis de este trabajo, sobre la base del texto original BÖCKENFÖRDE (1976a). Sobre el tema Estado Constitucional de Derecho, en la doctrina nacional, puede verse BASSA MERCADO (2008).

de ley se sitúa en el corazón de este concepto de Estado de Derecho. Se trata de una ley que une un elemento material en lo relativo a su contenido, y formal en lo relativo a su procedimiento: es una norma general que nace de la aprobación de la representación popular, en un proceso caracterizado por la discusión y la publicidad (apertura al debate público). El principio de la representación protege la libertad del individuo, el principio de generalidad evita intervenciones o ataques específicos a la libertad individual, más allá de las reglas vigentes para todos; la idea de un debate público abierto persigue alcanzar el máximo de racionalidad posible. Así concebida, la ley es expresión de la voluntad general que constituye la voluntad estatal “libre”; la voluntad del Estado, la voluntad general y la autonomía del individuo se encuentran y se funden en ella. Así, el imperio de esta ley es el imperio del principio de libertad ciudadana (*staatsbürgerliche Freiheit*).

Esta visión del Estado de Derecho presentaba la particularidad de proponer una nueva categoría de Estado, un Estado distinto de aquél fundado en la existencia histórica o tradicional, y que eventualmente reposaba en una justificación teológica. Se trata de una *res pública*, una organización existente para permitir a cada individuo su desarrollo individual, y que en esa medida tiene limitados sus fines y tareas, los que deben circunscribirse a garantizar la libertad y la seguridad del individuo, para permitir la persecución, por parte de éste, de sus propios fines (sean temporales o espirituales). Es una organización fundada en ciertos principios racionales, dentro de los cuales se incluyen en primer lugar el reconocimiento de los derechos fundamentales, como la libertad (personal, de conciencia, religiosa, de prensa, contractual, etc.), la igualdad jurídica, la garantía de la propiedad regularmente adquirida; y en segundo lugar, el establecimiento de ciertas definiciones institucionales como las de independencia del juez, gobierno constitucional responsable, imperio de la ley, existencia de un órgano de representación popular y su participación en el poder legislativo. La división de poderes, que en esta época y bajo directa influencia de Montesquieu, antes que como una forma de organizar las funciones del Estado, se postula como una distribución de competencias estatales entre distintos poderes sociales y políticos, es rechazada por constituir una amenaza a la unidad del poder estatal recién lograda al superarse el régimen estamental: en esta primera etapa sólo se acepta, de ella, la idea de organización autónoma del poder legislativo.

A mediados del siglo XIX, el concepto de Estado de Derecho va a sufrir una reducción a partir de la obra de F. J. Stahl (1856). Para él, el concepto de *Rechtsstaat* no apunta a su objetivo ni al contenido de su actuar sino que, exclusivamente, a la forma y el modo de concretar sus propios fines. Esta forma y modo consisten en determinar y asegurar, a través del derecho, el ámbito de acción del Estado y la

esfera de libertad de los ciudadanos, y en lo referente a esta última, sólo en cuanto corresponda a una regulación jurídica imprescindible. Surge así, con Stahl, un concepto de Estado de Derecho que posteriormente se ha venido en denominar el Estado de Derecho en sentido formal. Böckenförde explica esto señalando que, concretado ya el contenido material del Estado de Derecho en la mayor parte de los Estados alemanes de la época, se justificaba concentrar la noción en aquello que aún restaba por alcanzar y que era, particularmente, el sometimiento del actuar de la administración al derecho. Es así como, por ejemplo, Otto Mayer (1895) define el Estado de Derecho como aquel Estado donde el derecho administrativo se encuentra bien ordenado (*wohlgeordnet*, también: correctamente regulado), y Lorenz v. Stein (1879) señala que hay Estado de Derecho allí donde el ciudadano, a través del derecho, conforme al orden constitucional, es puesto en la situación de hacer valer cada derecho que ha adquirido de acuerdo a la ley, frente al mismo poder ejecutivo. El Estado de Derecho en sentido formal se manifiesta en rasgos bien perfilados: supremacía de la ley como acto del poder legislativo, legalidad de la administración, legalidad de la acción de la justicia.

Con el positivismo jurídico se completa la reducción del concepto de Estado de Derecho. Se eliminan de él todos los elementos propios de la teoría del estado, o de política constitucional, y el remanente queda como un concepto dogmático del derecho público, que se opone, ya no al despotismo o al gobierno teocrático, sino al Estado de Policía propio del siglo XVIII. Sus elementos se reducen al principio de legalidad de la administración (la ley como límite y fundamento de la administración) y la vía judicial para su protección. Al mismo tiempo, la ley abandona su contenido material. Ya no se le exige ni generalidad ni racionalidad; lo único real, en la ley, es el acto de voluntad del poder legislativo. En este sentido, la idea de Estado de Derecho muestra una gran coincidencia con el concepto de *règne de la Loi* surgido durante la Revolución Francesa, tal y como lo describe García de Enterría, quien señala que el concepto no es meramente retórico sino que “tiene, por el contrario, un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece. Sólo la Ley manda y todos los agentes públicos, administrativos o judiciales, en cuanto ‘agentes’ o comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la Ley se ha producido y que seguidamente se limitan a particularizar la consecuencia jurídica que la Ley ha determinado previamente que procede. (...) La Ley pasa así al lugar central del sistema. No sólo es, según vimos, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades iguales y recíprocas, y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada;

*pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medios de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas*¹⁰⁴.

§ 21. DEL ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

De lo expuesto en el acápite anterior se observa que, al menos en la noción original de Estado de Derecho, los derechos y libertades tradicionales no admiten una apreciación simplificada como meros derechos del individuo. Mucho más, ellos expresan una determinada concepción del hombre, de la sociedad y del orden estatal. El Estado de Derecho tiene por objeto asegurar la libertad de los individuos (y todos sus derechos), pero esta libertad se encuentra en una relación dialéctica con la ley. Por una parte, en el sentido expresado por Kant, que lleva a la idea de la participación de la representación popular en la elaboración de las leyes como un requisito indispensable del Estado de Derecho; por otro lado, en una idea expresada conjuntamente con las primeras declaraciones de derechos; el ejercicio de la propia libertad llega hasta allí donde se daña o perjudica a la de otro. Pero el límite trazado entre las esferas de autonomía individual no está dado en la respectiva proclamación de los derechos, sino que es encomendado al legislador. Es la ley la encargada de trazar una línea que señale la extensión lícita del ejercicio de la libertad o derechos de uno, y el punto en que se estima que ellos han traspasado el ámbito en que se les protege y empiezan a constituir un daño o perjuicio a la libertad o derecho de otro. Se da por supuesto que la ley que fije estos límites no atentará contra el sentido material del Estado de Derecho, de asegurar a cada uno su libertad, y de orientar el actuar del Estado en vistas al pleno desarrollo de los individuos.

En cambio, el concepto reducido y formal de Estado de Derecho que va a decantar el positivismo jurídico plantea un problema para los derechos y libertades fundamentales, ya que reposa en una noción de ley, como ordenadora del ejercicio de estos derechos y libertades, meramente formal: la ley es el acto de voluntad del órgano representativo. En la medida en que se enfatiza la posibilidad de participación ciudadana en la generación del órgano representativo, y se radica en éste de manera exclusiva, a través del principio de reserva de ley, la tarea de tomar las decisiones fundamentales sobre la libertad y la propiedad, y se tiende a

identificar al “derecho” con la “ley”, se pasa por alto la circunstancia de que la ley misma puede ser objeto de un actuar interesado del poder político. Ya no es más la representación popular legislativa la que se alza como una defensa frente a un poder ejecutivo amenazante, sino que se empieza a constatar que la intervención legislativa en la regulación de los derechos puede ser la principal fuente de afectación de los mismos. Esto sucede en cuanto la evolución política y del derecho de sufragio van a permitir el acceso al parlamento a fuerzas políticas que se unen en torno a valores distintos que aquellos del liberalismo burgués, constitutivos del consenso explícito o implícito de los primeros tiempos del Constitucionalismo¹⁰⁵.

Paradigmático es el caso del derecho de propiedad-dominio, cuya inviolabilidad declarada y la reserva de su regulación en favor de la ley pareció garantía suficiente a un Constitucionalismo de raigambre liberal, que tomaba como un dato dado un derecho de propiedad sobre bienes corporales debidamente depurado de sus cargas feudales y construido como un derecho de corte individualista y absoluto. Sin embargo, con el surgimiento de las distintas vertientes del pensamiento socialista, la legitimidad y el concepto mismo del dominio en su sentido decimonónico van a ser puestos en entredicho, y se va a percibir que, por la vía de la regulación legal habilitada por la constitución, se puede llegar a la desaparición de este tipo de propiedad, ya no atentando contra el patrimonio de un individuo, sino desconfigurando el instituto dominical mediante la intervención en el ordenamiento jurídico.

Ante este fenómeno, se buscará radicar en un nivel superior los consensos necesarios para llegar a limitar incluso al poder legislativo. Este nivel, y este límite, lo dará la Constitución. El Estado *Legislativo* de Derecho se transforma en Estado *Constitucional* de Derecho, y en este paso adquiere una forma distinta, marcada por una nueva constelación de relaciones entre los poderes, en particular, entre el poder legislativo, el poder constituyente y la judicatura. Porque la consecuencia necesaria del paso del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho va a ser la demanda por el reconocimiento de un carácter normativo directamente vinculante de la constitución. Ésta deja de ser un marco de referencia jurídica sostenido por el consenso del comportamiento político, y pasa a ser fuente directa de proposiciones normativas vinculantes para todos los

¹⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (1994), pp. 127-130.

¹⁰⁵ “...se toma conciencia de que, lejos de formar parte de un ámbito separado de lo real, la ley es parte del conflicto social y que lejos de ser expresión pura de la voluntad general, la ley es producida por una mayoría contingente, interesada y dispersa (...) La norma general y abstracta dejará de ser considerada el instrumento adecuado para asegurar la paz social, y, particularmente, la indisponibilidad de aquellos valores y principios respecto de los que existe un amplio consenso social, como son los derechos fundamentales”. PEÑA FREIRE (1997), p. 55.

órganos del Estado. Por lo mismo, va a ser sometida a una fuerte presión en vistas a “exprimir” de ella su posible contenido normativo a partir de estructuras de texto usualmente pobres y escuetas. Ello ha ocurrido con especial intensidad en los sistemas que se han dotado de un órgano especializado de jurisdicción constitucional encargado de resguardar la supremacía de la constitución frente al legislador.

El caso del derecho de propiedad-dominio mantiene aquí su función ejemplar. Ante el embate de las fuerzas políticas socialistas que eventualmente podían llegar a disolver el concepto tradicional de dominio, interviniendo en su regulación a nivel legal, surge en la Alemania de la República de Weimar la teoría de que la referencia a la propiedad en el artículo 153 de la Constitución Imperial de 1919, no constituía una mera fórmula vacía, sino que, por el contrario, con toda la libertad que se quisiese reconocer al legislador, siempre protegía al menos un núcleo regulatorio esencial que debía hacer posible reconocer e identificar el instituto jurídico de la propiedad-dominio, tal y como éste era conocido y entendido tradicionalmente¹⁰⁶.

El efecto de esta evolución ha sido profundo en el ámbito del tratamiento normativo de los derechos fundamentales, pudiendo anticiparse aquí que ha favorecido la consideración de los derechos como valores o principios (y no como preceptos protectivos con un contenido más o menos típico), cuya ponderación o jerarquización se ha desplazado del legislador democrático a la judicatura constitucional, con los consiguientes problemas jurídicos y políticos que ello trae aparejado.

§ 22. DERECHOS Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El origen del término Estado Social se remonta, a más tardar, a la *Republique social et democratique* en la Francia de 1848, donde es usado por Louis Blanc, un político cuya propuesta principal consistía en el derecho al trabajo como derecho fundamental, buscando el reconocimiento de una garantía estatal a un puesto de trabajo¹⁰⁷. Se confería un mandato al Estado democrático “...para que creara por sí centros de producción que fuesen administrados por los trabajadores empleados en ellos con fórmula cooperativa...”¹⁰⁸. En el ámbito alemán, el término será empleado por

Lorenz von Stein. Según von Stein, el Estado “...tiene que mantener con su poder, para cada persona individual, la igualdad jurídica absoluta frente a todas las diferencias (de clase) y en ese sentido le llamamos Estado de Derecho; pero también tiene que promover con su poder el progreso social y económico de todos sus miembros, porque, en último término el desarrollo de lo uno constituye la condición y asimismo, la consecuencia del desarrollo de lo otro; y en este sentido hablamos de Estado Social (*gesellschaftlich* o *sozial*)”¹⁰⁹. Posteriormente, en 1894, Julius Offner vinculará democracia, Estado de Derecho y Estado Social, reconociendo a éste una función de distribución de cargas y privilegios más justa: “La democracia exige con carácter fundamental el Estado social, un organismo que se asemeja al Estado de derecho, pero que no se limita como éste a conservar lo mío y lo tuyo, mientras que confía su formación al juego del poder y la casualidad, sino que pone como objeto de su previsión una justa distribución de cargas y privilegios en su totalidad sobre la base de la igualdad de todos”¹¹⁰.

En el primer tercio del siglo XX, Hermann Heller desarrolla la idea del carácter social de la democracia como necesario complemento para que la democracia política no signifique solamente la legitimación formal de los grupos económicamente más poderosos¹¹¹. Para ello, sería necesario alcanzar un cierto nivel de homogeneidad social (en oposición a la homogeneidad civil, entendida como la igualdad jurídica, de carácter formal, en la protección de la persona, la familia y la propiedad, y a la homogeneidad jurídico-política, también de carácter formal, consistente en la igual participación en la formación de la unidad estatal y la igualdad en el acceso a los cargos públicos), en un Estado Social de Derecho. Pero el Estado Social se encontraría en oposición al Estado Liberal de Derecho, en cuanto este último reposa sobre unas garantías, en especial la igualdad, interpretadas según los valores predominantes de la sociedad burguesa. La fórmula de solución para conciliar Estado de Derecho y Estado Social, en una democracia social, sería la extensión del concepto material de Estado de Derecho a la ordenación del

¹⁰⁹ Cita de una obra de von Stein del año 1876, en RITTER (1991), p. 27.

¹¹⁰ Cita de la obra de Offner en RITTER (1991), p. 28.

¹¹¹ “La superioridad económica y cultural les da, a los que dominan, los medios suficientes para, a través de influencia directa e indirecta en la opinión pública, transformar la democracia política en su verdadero opuesto. A través del dominio financiero de los partidos, de la prensa, del cine y de la literatura, influencia social en escuelas y universidades, pueden, sin incluso sobornar o cohechar a nadie, lograr una virtuosa influencia sobre los aparatos burocráticos y electorales, de tal modo de conservar la forma democrática alcanzando, en su contenido, una dictadura. Ésta resulta tanto más peligrosa, cuanto anónima e irresponsable. Torna a la democracia en una ficción, en la medida en que conserva la forma representativa pero trastoca (falsen) su contenido”. HELLER (1971a), p. 430.

¹⁰⁶ Véase al respecto infra, § 50. Curiosamente, C. Schmitt, que toma las tesis de Wolf en este punto y las desarrolla en su teoría de las garantías de instituto, desconfía de la jurisdicción constitucional como un medio idóneo para resolver los conflictos de tipo constitucional.

¹⁰⁷ Idea que ya se encontraba presente en el artículo 21 de la Constitución francesa de 1793: “Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desafortunados, sea procurándoles trabajo, sea asegurando los medios de subsistencia a aquellos que no estén en condiciones de trabajar”.

¹⁰⁸ ABENDROTH (1986), p. 16.

trabajo y de los bienes (*“die Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung”*)¹¹².

Frente a esta raíz del término Estado Social de Derecho encontramos otra, que resulta del temprano desarrollo en Alemania de un sistema de seguridad social, durante el gobierno de Otto von Bismarck. Con la provisión de un sistema de seguridad social para el riesgo de edad (jubilación) viudez y salud, el Estado alemán va a ser calificado como un Estado Social desde la perspectiva del sistema de prestaciones sociales que asegurará a sus ciudadanos.

De estas dos fuentes resultan dos perspectivas sobre el contenido de la noción de Estado Social de Derecho.

a) En su acepción más difundida, el Estado Social de Derecho se entiende como un Estado que, a nivel constitucional, consagra derechos económico-sociales, y a nivel de organización administrativa, provee a los ciudadanos de una serie de prestaciones, especialmente en el ámbito de la seguridad social. Subyace a esta noción del Estado Social la idea de que las libertades y derechos garantizados a los individuos en la primera etapa del Constitucionalismo (derechos y libertades clásicos) se tornaban ilusorios para una gran parte de la población que no se encontraba en condiciones materiales de ejercerlos, por no lograr siquiera alcanzar las condiciones mínimas de existencia. Por primera vez, ambos componentes (constitucional y administrativo) de esta comprensión del Estado Social se concretan en la Alemania de la *Constitución de Weimar* (1919). Por una parte, el texto constitucional consagra derechos económicos y sociales: la garantía a un amplio sistema de seguros para la conservación de la salud y de las capacidades para el trabajo, la protección de la maternidad y la previsión frente a las consecuencias económicas de la vejez (artículo 161); derecho al trabajo o a la subsistencia (artículo 163), dentro de un contexto de principios sociales como la vinculación social de la propiedad (artículo 153), el control estatal de la distribución y uso del suelo (artículo 155) y la regulación de la vida económica en aras de alcanzar una vida digna para todos (artículo 151). Por otro lado, la Alemania de 1919 contaba ya con un amplio sistema de prestaciones de seguridad social, originado en Prusia en la década de 1880. Es precisamente este sistema de seguridad social el que, según algunos, caracterizará distintivamente al Estado Social alemán. Afirma Ritter: *“La seguridad social es la creación institucional más significativa del Estado social (...) sólo este nuevo modelo de una comunidad solidaria de empresarios, obreros y el Estado, organizada a nivel nacional, amplio y con carácter obligatorio abrió la posibilidad de aminorar la pobreza y la miseria como un destino masivo de los obreros (y no sólo de*

*grupos marginales de la sociedad) y de hacerla retroceder decididamente.”*¹¹³. La particularidad del caso alemán, entonces, es haber adoptado una constitución garantizando derechos económicos y sociales que ya se encontraban operantes a nivel de los servicios de seguridad social establecidos por la administración pública.

Después de la 2ª Guerra Mundial, y a partir de la consagración positiva de la cláusula del Estado Social, como en el caso de la *Ley Fundamental de Bonn*, Alemania, 1949, y de la *Constitución Española de 1978*, se predica una relación directa entre Estado Social y derechos económico-sociales (o las correspondientes prestaciones). El Estado Social de Derecho sería aquel específico tipo de estado que, junto con garantizar las libertades y derechos propios del Estado de Derecho, asiste a los individuos en su procura existencial, les garantiza un mínimo vital, y persigue lograr que éstos hagan efectivo ejercicio de los derechos y libertades del Estado de Derecho. Son instituciones propias del Estado Social de Derecho los sistemas de seguridad social de amplio espectro (riesgo de vejez, accidentes de trabajo, incapacidad para el trabajo, desempleo, provisión de un mínimo existencial) y los sistemas públicos de salud, educación y vivienda, basados en mecanismos de financiamiento público vía tributación, o bien por cotizaciones individuales en un modelo solidario.

Tras la entrada en vigencia de la *Ley Fundamental de Bonn*, Ernst Forsthoff fue uno de los primeros en hacer notar que el principio del Estado Social debía entenderse dirigido a su concreción a nivel legislativo y de la administración, pero no a nivel del derecho constitucional. No existía la posibilidad, según el autor, de vincular la cláusula (constitucional) del Estado Social al sistema (legal y administrativo) de seguridad social existente, salvo por el hecho de que este sistema era un dato dado¹¹⁴. Dicho de otro modo, el universo de prestaciones sociales originado a fines del siglo XIX y que, con sus modificaciones, continuaba rigiendo bajo la *Ley Fundamental*, no se encontraba protegido por ésta, a menos que, según Forsthoff, se estuviese dispuesto a abandonar el concepto tradicional de constitución y de derechos fundamentales (*Grundrechte*). Esto, por una razón muy sencilla: mientras que los derechos y libertades clásicos podían ser garantizados por la constitución en relación a los deberes de actuación u omisión de los poderes públicos, los derechos económico-sociales, como derechos de prestación, implicaban siempre un deber de intervención estatal en la libertad y pro-

¹¹³ RITTER (1991), p. 83.

¹¹⁴ “El Estado Social es un problema para el derecho constitucional sólo porque es un dato dado” (*“...der soziale Rechtsstaat ist ein verfassungsrechtliches Problem nur deswegen, weil der Sozialstaat eine Gegebenheit ist”*) Forsthoff, Ernst, primero en *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL 12, 1954, luego en FORSTHOFF (1968), p. 165.

¹¹² HELLER (1971b), p. 451.

piedad individual lo que, a nivel constitucional, los hacía incompatibles con los primeros.

La postura de Forsthoﬀ es relevante, ya que no sólo constituye una crítica al Estado Social, sino que deja al descubierto una serie de deficiencias en el tratamiento de los derechos fundamentales: *“Es más bien la presión del Estado social la que pesa sobre la estructura del Estado de derecho de la República Federal. Se descubrió así la función social de los derechos fundamentales y se la confrontó con otras interpretaciones individualistas que no alcanzaban ya el sentido de los modernos derechos fundamentales. Para poder atribuir a los derechos fundamentales una función social era necesario prescindir del modo de entenderlos imperante hasta entonces. Este modo de entender los derechos fundamentales como limitación del Estado, como protección jurídica del individuo frente a intervenciones estatales, no ofrecía en la práctica ningún puente lógico para su interpretación social, no ofrecía la posibilidad de hermanar Estado de derecho y Estado social sobre la base común de los derechos fundamentales. Para ello se precisaba transformar en positivos unos derechos que se habían formulado a la defensiva y, por ello, negativamente. Esto había sucedido mediante el rechazo del llamado “pensamiento interventor” acogiéndose al Estado Social que se presentaba prestando servicios pero sin intervenir en la libertad del individuo. De aquí resultaba la necesidad de entender los derechos fundamentales como unos principios positivos, lo que tuvo lugar concibiendo los derechos fundamentales como positivación de valores y la totalidad de los derechos fundamentales como un sistema de valores inherentes a la constitución”*¹¹⁵ (...) *el intento de ampliar los derechos fundamentales mediante la introducción de una reserva social en el Estado prestador de servicios debe fracasar por la ambivalencia de esa reserva, pues aunque fuese posible, cualquiera que sean los caminos interpretativos, vincular al Estado prestador de servicios a los derechos fundamentales más allá del principio de igualdad, no se podría negar que la vinculación social no sólo afecta al Estado, sino también a la libertad entendida de esa manera, con la consecuencia de que semejante libertad podría ser limitada apelando a un interés general real o pretextado”*¹¹⁶

Por otro lado, es necesario tener presente que si bien el derecho constitucional puede disponer sobre la forma y límites del derecho, no se encuentra en condiciones de garantizar un determinado estado de la hacienda pública que permita satisfacer siempre aquellas extensas prestaciones que, con el tiempo, se han acumulado como definitivas del Estado de Bienestar alemán. La doctrina alemana pudo especular libremente sobre este punto por el espectacular desarrollo económico

de la post guerra, pero a más tardar con las dificultades financieras surgidas con ocasión de la unificación de las dos Alemanias, en la década de los 90 del siglo XX, el problema del estatuto constitucional del Estado Social –lo que implica, el de los derechos a prestaciones que comprende– fue puesto en tela de juicio, con la pregunta fundamental: el retiro o disminución de las prestaciones sociales ¿constituye transgresión a alguna disposición constitucional y, en particular, a la cláusula del Estado Social? Esta pregunta chocaba con la concepción del Estado Social mantenida por un sector de la doctrina que sostenía que la referencia al Estado Social en los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental implicaba una garantía de *statu quo* respecto del régimen legal de seguridad y asistencia social. De este modo se llevaba el concepto de Estado Social a un absurdo en términos normativos, por la sencilla razón de que la garantía jurídica del Estado Social no produce, por sí misma, los recursos económicos para otorgar lo que se supone que asegura.

La constatación de esta dificultad, intrínseca a los derechos económicos y sociales, lleva a comprender dos de sus rasgos más conspicuos en la regulación positiva del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, y que afecta a los Estados que lo han suscrito, aun cuando ellos no cuenten con una cláusula de Estado Social como la que se ha venido analizando. En primer lugar, no se trata de derechos inherentes a toda persona, ya que se reconoce el derecho del Estado parte que sea país en vía de desarrollo, de determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos a personas que no sean nacionales suyos (artículo 2.3, lo que implica que el deber de garantía se circunscribe a los nacionales del Estado obligado). Y, en segundo lugar, estos derechos se ubican bajo la reserva de la disponibilidad de recursos (el Estado asume el compromiso de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, artículo 2.2.). Esta última característica es la que devela la verdadera naturaleza de los derechos económicos y sociales. Su concreción nunca puede ser garantizada exclusivamente a partir del derecho, sino a partir de la disponibilidad de recursos económicos¹¹⁷, la que a su vez, en un Estado de Derecho en que se reconoce la libertad individual, nunca puede ser asegurada por el Estado. Por otro lado, dentro de los recursos disponibles, el Estado podrá optar, elegir la jerarquía de preferencias en cuanto al orden e intensidad en que vaya a satisfacer los respectivos derechos, sin que hasta el momento se proponga seriamente que, ni la consagración nacional ni

¹¹⁵ FORSTHOFF (1975), pp. 251, 252.

¹¹⁶ FORSTHOFF (1975), p. 262.

¹¹⁷ Disponibilidad que debe entenderse respecto del Estado que sea el caso, y por tanto, dependiente de las políticas destinadas a recaudar ingresos públicos. Aquí se aprecia en plenitud lo que podría llamarse la tesis o dilema de Forsthoﬀ, descrito arriba: para allegar más recursos es necesario intervenir más intensamente en el patrimonio de los particulares, por vía tributaria, o limitar su libertad en la medida en que el Estado entra a desarrollar actividades económicas como forma de obtener su financiamiento.

la internacional de derechos económicos y sociales ordene de una manera específica las jerarquías o preferencias al momento de decidir sobre la satisfacción de estos derechos. Atendiendo a estos dos puntos, su dependencia de los recursos económicos y la ausencia de un orden de preferencias o jerarquías para la aplicación de los mismos de acuerdo a su abundancia, se concluye que, en una apreciación jurídica desapasionada, los derechos económicos y sociales sólo pueden estimarse como programas o metas de una política social, que sólo podrán ser concretados y considerados como derechos a través de la acción del legislador y de las respectivas reparticiones administrativas. Forsthooff estaba en lo cierto, y ninguna construcción teórica logra, hasta el momento, superar los dos escollos mencionados en este párrafo.

b) Una segunda acepción del Estado Social, que se distancia de su comprensión como Estado de Bienestar, se obtiene a partir del estudio de los orígenes de la noción. Las primeras reflexiones sobre la idea de Estado Social no van, en lo fundamental (aunque sí ocasionalmente), vinculadas a la idea de prestaciones asistenciales, sino que al perfeccionamiento del Estado Liberal de Derecho. Se sostiene que el Estado de Derecho, en su primera etapa, liberó al hombre de las ataduras respecto del poder del Estado. Sin embargo, continuarían existiendo en la sociedad muchas situaciones de poder social que condicionan el ejercicio de la libertad de manera igualmente intensa que la coacción estatal. La cuestión radicaría entonces en una extensión del Estado Liberal, más allá de las relaciones de poder Estado-individuo, a las relaciones de poder entre individuos cuando una de las partes se encuentra en una situación de poder respecto de la otra. Lorenz von Stein señalaba que, con el advenimiento del Estado de Derecho, se había alcanzado la forma de la libertad, y que las contradicciones sociales debían ser superadas allí donde se originaban, a saber, en la ordenación de las relaciones entre capital y trabajo, y las posibilidades de acceder a la propiedad, por medio del trabajo¹¹⁸. Así entendido, el Estado Social de Derecho no implica en primera línea un deber del Estado de otorgar prestaciones, sino de intervenir en el ordenamiento jurídico a fin de establecer condiciones que compensen la debilidad relativa de algunos frente al poder social de otros. La regulación y reforzamiento de los mecanismos de sindicación y huelga, y los derechos irrenunciables en favor de trabajadores constituirían los típicos ejemplos de regulación del Estado Social. Si se mira desde el punto de vista estrictamente liberal, constituye una intervención indebida del Estado en la relación laboral y la autonomía de la voluntad dentro de la cual, en el concepto clásico, ella debía desenvolverse. Pero el Estado interviene aquí,

legislativamente, precisamente para equiparar la debilidad relativa de una de las partes.

La *Constitución Mexicana de 1917* corresponde en gran medida a esta segunda idea de Estado Social. A diferencia de la *Constitución de Weimar*, no contiene disposiciones explícitas sobre prestaciones sociales (y los Estados Unidos mexicanos tampoco contaban con un sistema de seguridad social operante, a la fecha de su adopción). Pero contiene una serie de disposiciones interventoras en la libertad individual, en especial en materia de libertad contractual, destinadas a proteger la situación de personas que pudiesen encontrarse en situaciones de dependencia, en relaciones de poder social¹¹⁹; proscribía la prisión por deudas; habilita al legislador para establecer limitaciones de carácter social a la propiedad privada; y, en especial, contempla variadas disposiciones destinadas a proteger a los trabajadores, incluyendo el derecho a un salario suficiente para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero; el derecho a participación en las utilidades de las empresas agrícolas, comerciales, fabriles o minerales, el deber de los empleadores de proporcionar a sus trabajadores habitaciones higiénicas, la responsabilidad del patrón por accidente o enfermedad laboral, la existencia de un servicio gratuito de colocación laboral, etc.

La ventaja que presenta esta forma de entender el Estado Social es que ella se remite a una determinada configuración del ordenamiento jurídico, y es independiente respecto de los recursos económicos de que disponga el Estado (precisamente porque no asegura prestaciones). En esta medida puede considerarse como un paso dentro de la evolución del Estado de Derecho, y no como una desviación respecto del mismo.

¹¹⁸ BÖCKENFÖRDE (1976a), p. 79.

¹¹⁹ Artículo 123 i. II "El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, educación o de voto religioso". (...) i. III "Tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio".

DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO IV LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS

§ 23. EL CONCEPTO DE GARANTÍA

Con independencia de qué tipo de derechos se trate, se plantea la cuestión relativa a la forma de asegurar la protección ofrecida a sus titulares. Surge aquí la noción de garantía. Se trata de un término cuyo concepto difiere de aquél de los derechos en su estructura, al conectar el contenido normativo de los derechos con la idea de su efectiva vigencia en el plano de la realidad. Puede decirse que, en general, en el campo del derecho, y en particular en el de los derechos fundamentales, la garantía es un instrumento al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa. En este sentido, se pueden distinguir distintos ámbitos o dimensiones en los cuales pueden operar elementos de garantía.

El primero de ellos es el de la certeza. El grado de mayor vulnerabilidad de un derecho se encuentra en la situación en que su existencia misma es o puede ser discutida. Es por ello que el reconocimiento y la fijación por escrito de un derecho constituyen la expresión más primaria de una garantía, al situarlo al margen de una discusión sobre su existencia.

En un segundo nivel encontramos el carácter fundamental de los derechos en cuanto constitucionales, que no es sino la forma sofisticada de esta garantía en la medida en que los hace (deseablemente) resistentes frente a la controversia política cotidiana, sustrayéndolos de la discusión en el plano legislativo, y protegiéndolos, normativamente, de las decisiones adoptadas en él.

Un tercer ámbito es el de la disuasión. Para evitar atentados contra los derechos fundamentales pueden existir una serie de mecanismos jurídicos, políticos y sociales destinados a trasladar al agente causal de una lesión, consecuencias desfavorables, cuya representación como sanción posible (y probable!) tenga efecto disuasivo en dicho agente. El que en el Reino Unido y otros países de origen anglosajón se siga considerando el rol del parlamento, de la prensa libre y de la opinión pública como pilar de la defensa de los derechos individuales da cuenta de la importancia de esta dimensión garantística.

Un cuarto campo en el que debe operar la garantía es el de la conservación. Se trata aquí de los mecanismos de reacción frente a una lesión en curso (o inminente) destinados a poner fin a (o evitar) la lesión del derecho fundamental, restituyendo al afectado en una situación fáctica de goce del mismo.

Otro aspecto de la garantía está constituido por la existencia de vías jurisdiccionales para obtener la declaración de que un derecho ha sido ilegítimamente afectado. Conceptualmente, esta declaración es distinguible de los procedimientos cautelares, y puede tener un sentido garantístico incluso una vez producida la lesión a un derecho fundamental.

Una última dimensión o ámbito de acción de la garantía puede verse en el campo de la reparación o compensación por una lesión ya sufrida, una vez que ella ha sido constatada. En estricto rigor, este ámbito de acción carece de función garantística si la reparación no va unida a consecuencias desfavorables para el agente de la lesión, ya que, salvo en el caso de los derechos de índole patrimonial, la formas de compensación no logran, para el afectado, la realización o conservación del respectivo derecho (i.e., una congruencia entre normatividad y realidad).

De este modo, la noción de garantía es comprensiva de diferentes dimensiones de protección de los derechos. Mientras que la existencia de estos últimos como inherentes a la persona configura el núcleo ideológico del pensamiento sobre derechos humanos y constituye el antecedente de su reconocimiento positivo, como derechos fundamentales constitucionales, la garantía, en un sentido amplio, se incorpora a los derechos desde y precisamente con ese mismo proceso de positivación. Al respectivo derecho se le da certeza en la escrituración y una protección normativa reforzada en su ubicación como elemento del orden fundamental. Esto explica que a los derechos, en diversos instrumentos constitucionales, se les dé, sin más, la denominación de "garantías". Sin embargo, la noción de garantía conserva también un significado autónomo y diferenciado, siendo usual en la literatura el identificar la noción de derechos con la de atributos del individuo, y la de garantía con los mecanismos destinados a la protección del efectivo reconocimiento y vigencia de esos atributos. En este sentido, Díez-Picazo señala que la expresión garantía, careciendo de un significado técnico jurídico preciso "*(h)ace referencia al conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguarda de los derechos fundamentales... abarca procedimientos de distinta índole... dirigidos a asegurar la observancia y efectividad de los derechos fundamentales*".¹²⁰

¹²⁰ DÍEZ-PICAZO (2003), p. 69.

§ 24. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS

1. La distinción entre derecho y garantía

La diferenciación entre derecho y garantía amerita dos precisiones. Por una parte, el concepto del constitucionalismo moderno vincula a tal punto la idea del derecho reconocido con la necesidad de su protección que, y aun cuando se predique a nivel de derechos humanos como innato y natural, si en un ordenamiento jurídico un derecho no tiene reconocimiento o, si teniendo reconocimiento carece de alguna vía para obtener su protección, se puede llegar a discutir su carácter de tal derecho¹²¹. En otras palabras, retomando la terminología estudiada arriba, aquellos derechos no reconocidos, o reconocidos pero carentes de mecanismos que permitan obtener su protección y satisfacción concretas, no son reconocidos como "derechos públicos subjetivos". En este sentido, un derecho fundamental sólo constituiría un derecho público subjetivo cuando, aparte de la consagración normativa del respectivo derecho, se consagran sus garantías primarias, esto es, los correlativos deberes o prohibiciones de actuación, y las garantías secundarias, o sea, los órganos y procedimientos destinados a atacar el incumplimiento de los deberes constitutivos de las garantías primarias¹²².

Por otro lado, el desarrollo histórico de los derechos fundamentales es también el desarrollo de una fusión conceptual entre derechos y garantías, ya que muchos de los derechos reconocidos a los individuos no son susceptibles de ser considerados, bajo ningún respecto, como atributos de la persona y mucho menos, innatos. Dicho de otro modo, parte importante de lo que hoy incluimos dentro del conjunto de los derechos fundamentales (o humanos) no pueden entenderse como atributos derivados de la naturaleza del individuo humano, sino que sólo se conciben en una específica relación con la autoridad. Y en su mayor parte tienen por objeto permitir al individuo un desarrollo en segura libertad, o sea, pueden considerarse garantías. Sólo por vía de ejemplo se puede citar el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de legalidad de la pena y la

¹²¹ Así Prieto Sanchis, Luis: "cualesquiera que sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos". *El sistema de protección de los derechos fundamentales*, en Anuario de Derechos Humanos Nº 2, 1983, p. 370 citado por PECES-BARBA (1991), p. 501.

¹²² FERRAJOLI (1999) pp.59 y ss., exponiendo el planteamiento de Kelsen. Debe hacerse la prevención, si, que Ferrajoli sostiene una noción de derecho subjetivo autónoma e independiente de la existencia de las garantías primarias o secundarias. La función de esta distinción es que la consagración de un derecho, aun cuando carente de garantías, tiene al menos el efecto de permitir predicar el correspondiente vacío normativo correlativo a un deber de colmarlo, es decir, de instituir las garantías ausentes.

irretroactividad de la ley penal, etc. La misma *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 contiene casi tanto de garantías como de derechos, mencionándolas expresamente en sus artículos 12 y 16.¹²³

Es por ello que la elaboración conceptual de la distinción entre derecho y garantía no es una cuestión fácil. Peces-Barba, secundando la posición de Prieto Sanchis, señala que los mecanismos de protección de los derechos son los que le otorgan a éstos su nota de resistencia frente a otros poderes, la que, a su vez, da el carácter de fundamental al derecho dentro del ordenamiento. Desde la nomenclatura de Peces-Barba, entonces, la garantía podría definirse como todo mecanismo de protección destinado a hacer un derecho resistente frente a los poderes del Estado¹²⁴. Sin embargo, cuando Peces Barba enuncia y ordena las garantías, abandona este concepto y parece identificar la noción de garantía con cualquier elemento del ordenamiento jurídico y político susceptible de contribuir a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

2. Clasificación de las garantías

Peces-Barba, en un esquema que ya se aprecia *in nuce* en una obra de Pérez Luño,¹²⁵ distingue entre garantías nacionales e internacionales, situando dentro de las primeras a las garantías generales, que incluyen las fórmulas de Estado de Derecho (con sus notas de límites al poder, el principio de separación de poderes, el principio de legalidad y gobierno de las leyes y la existencia de una obligación jurídica de obediencia), Estado Democrático (con las ideas de participación y pluralismo político, incluyendo en especial los derechos de participación) y Estado Social (con sus notas de deber de actuación positiva del Estado y reconocimiento de la incidencia que sobre los derechos pueden tener los poderes sociales). Por su parte, las garantías nacionales específicas comprenderían:

a) las garantías de regulación¹²⁶, dentro de las cuales se encuentran i. el principio de legalidad (que más precisamente podría denominarse de reserva legal), como garantía de desarrollo y aplicación de los derechos fundamentales, y ii. el especial procedimiento de reforma constitucional que les es aplicable;

b) las garantías de control y fiscalización, que define como los instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los

¹²³ Un detalle interesante de la relación entre los artículos 12 y 13 de la *Declaración* es la relación entre deber de contribución común y garantía de los derechos.

¹²⁴ PECES-BARBA (1999), p. 501.

¹²⁵ PÉREZ LUÑO (1986), pp. 65 y ss.

¹²⁶ PECES-BARBA (1999) p. 505.

derechos fundamentales y las libertades públicas, tiene la actividad de los entes administrativos¹²⁷. Incluye en esta categoría la figura del defensor del pueblo, las preguntas e interpellaciones parlamentarias, las comisiones investigadoras del parlamento, así como el ejercicio del derecho de petición;

c) las garantías de interpretación, aludiendo a los distintos mecanismos presentes en el derecho destinados a garantizar que dicha interpretación se haga para favorecer su ejercicio y disfrute¹²⁸, en dos proyecciones: la de los poderes públicos y la de los poderes privados. Respecto de los primeros, éstos deben siempre llevar a cabo una interpretación que promueva el sentido de los derechos; respecto de los segundos, se manifestaría en la proyección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Distingue también entre garantía de interpretación *desde los derechos*, en virtud de la cual éstos se proyectan a las demás normas del ordenamiento jurídico (interpretación de los demás preceptos conforme a los derechos fundamentales), y garantía de interpretación *de los derechos*, como reglas generales (haciendo alusión al Código Civil Español) y específicas (respeto al contenido esencial, conformidad con la DUDH y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España) aplicables a la interpretación de los mismos¹²⁹;

d) las garantías internas al derecho, que identifica con el respeto al contenido esencial;

e) las garantías judiciales, respecto de las cuales señala Peces-Barba que constituyen la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales: “Solamente cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente y en un sentido integral de protección”¹³⁰. Estas garantías pueden ser clasificadas en ordinarias (derecho a tutela judicial, amparo judicial u ordinario) y en constitucionales, ubicando dentro de estas últimas tanto el control de constitucionalidad, como el amparo constitucional previsto en el artículo 53.2 de la *Constitución Española*.

Dentro de las garantías universales, Peces-Barba traza una distinción entre garantías universales y garantías regionales que, en líneas generales, corresponde a los mecanismos de protección reseñados en el capítulo anterior.

Linares Quintana, por su parte, se encarga de estudiar la distinción entre derecho y garantía, citando al efecto la obra de Sánchez Viamonte, *El habeas corpus: la*

¹²⁷ PECES-BARBA (1999), p. 509.

¹²⁸ PECES-BARBA (1999), p. 510.

¹²⁹ PECES-BARBA (1999), p. 511.

¹³⁰ PECES-BARBA (1999), p. 513.

libertad y su garantía (Buenos Aires, 1927): “es necesario distinguir, en el léxico constitucional, la expresión garantía de la expresión derecho; constantemente confundidas como sinónimas. Garantía es la institución creada a favor del individuo para que, armado con ella, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituye en conjunto la libertad civil y política”¹³¹. La nota característica de la garantía, según Sánchez Viamonte¹³², sería el carácter de protección práctica.

En la obra de Juan F. Linares, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Linares Quintana encuentra la sistematización de cuatro acepciones principales del término “garantías”:

a) una acepción estrictísima, que comprendería sólo los procedimientos judiciales sumarios y reglas procesales, como los *writs* de *habeas corpus*, de amparo, derecho a no declarar contra sí mismo, etc.;

b) una acepción estricta, que incluiría, además de la connotación anterior, todos los procedimientos judiciales protectores de la libertad jurídica, como la demanda y la excepción de inconstitucionalidad, la *injunctio* constitucional, etc.;

c) una amplia, que abarcaría también las llamadas garantías políticas, como la división de poderes, la renovación y la elegibilidad de los magistrados, etc., y por último,

d) una acepción amplísima, comprensiva de todas las instituciones liberales, incluso la constitución escrita, rígida o flexible, y la inclusión de un *bill of rights* en la misma¹³³. Estima Linares Quintana que la segunda acepción es la exacta, y define las garantías constitucionales como “los medios jurídicos encaminados a la protección y al amparo de la libertad constitucional”¹³⁴.

En Chile, la distinción entre derecho y garantía ya está presente en la obra de Huneeus, como una relación entre lo principal y lo accesorio. Huneeus señala “Reconociendo que los derechos naturales del individuo existen con anterioridad a toda Ley humana, (la Constitución) los asegura, los afianza en buenos términos, y así como fianza es una obligación accesorio que supone una principal, así las garantías que se creen a favor de un derecho presuponen la existencia de éste”¹³⁵.

En la doctrina nacional contemporánea, por su parte, Humberto Nogueira Alcalá, en su obra *Dogmática Constitucional*¹³⁶, sigue la nomenclatura y esquema

propuestos por Peces-Barba, aun cuando con algunas modificaciones¹³⁷. Para Nogueira, la idea de garantía es equivalente a la de “...medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos asegurados por la Carta Fundamental”, es decir, “...un conjunto coherente de instrumentos de defensa de los derechos”¹³⁸. Al seguir la nomenclatura del profesor Peces-Barba, sin embargo, va a igualar la idea de garantía a la de mecanismos de protección en sentido amplio.

En un sentido más acotado, José Luis Cea Egaña señala que “...se entiende por garantías las acciones y recursos procesales, cuya eficaz deducción, decisión y cumplimiento por la Magistratura, en virtud de su poder de Imperio, permite que cobren seguridad y realidad las Declaraciones de Derechos y Deberes Fundamentales”¹³⁹.

A partir de esta base, parece recomendable hacer una distinción entre un concepto amplio de garantía, equivalente a todos los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, en general y que corresponden a la mayor parte de las categorías enunciadas por Peces-Barba y recibidas por Nogueira, y un concepto estricto, o técnico-jurídico, de garantía. El núcleo de este concepto parece vincularse de una manera muy estrecha a la idea efectividad del respectivo derecho fundamental en términos de su concreción normativa. Ésta supone el reconocimiento y consagración positiva del respectivo derecho y la configuración de los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser afectado dentro del orden constitucional (v.g. principio de reserva legal, respeto al contenido esencial, control de constitucionalidad de las leyes, etc.); y una vez cumplidos estos supuestos, implica los específicos mecanismos de defensa en caso de transgresión. De este modo, la garantía de derechos fundamentales en sentido estricto es siempre un sistema, que se evalúa en la articulación de una serie de datos de la configuración del respectivo ordenamiento jurídico, en conjunto con los órganos y procedimientos destinados a actualizarla. Es así como la consagración del principio de reserva legal no constituye garantía si no es en combinación con un mecanismo destinado a contener su infracción; el detallado enunciado de los elementos de la seguridad personal no resulta efectivamente tutelado sin acciones eficaces para evitar, poner término o castigar privaciones ilegítimas de libertad, etc. Del mismo modo, como parte de este concepto, la tutela judicial no es por sí misma garantía si a su vez no está imbricada en un conjunto de reglas y principios, orgá-

¹³¹ LINARES QUINTANA (1956), p. 332.

¹³² Citado por LINARES QUINTANA (1956), nota a pie 4285.

¹³³ LINARES QUINTANA (1956), p. 335.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ HUNEEUS (1879-1880), p. 101.

¹³⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (1997), pp. 158 y ss.

¹³⁷ Es así como incorpora, como una categoría específica, la de las garantías institucionales (NOGUEIRA ALCALÁ (1997) p. 195), ausente en el esquema propuesto por Peces-Barba, a mi entender, ausencia justificada por cuanto en este caso no se alude a un tipo de garantía sino, justamente, a derechos garantizados.

¹³⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (1997), p. 158.

¹³⁹ CEA EGANA (1999), p. 84.

nicos y procedimentales, idea que recogen los artículos 14.1 del PIDCP y 8.1. de la CADH.

3. La garantía jurisdiccional ordinaria y extraordinaria

La idea de garantía en sentido estricto incluye los mecanismos jurisdiccionales que permiten enfrentarse a una transgresión del derecho y neutralizarla, o bien reparar sus efectos, cuando no es posible la mantención de un estado de indemnidad o la restitución a dicho estado sin perjuicio ulterior. Se trata aquí de un puente entre la protección a los derechos individuales y la configuración de los poderes del Estado ya que la posibilidad de que una organización judicial actúe como garantía de los derechos de las personas –sean fundamentales o no– depende de la efectiva vigencia de una serie de principios que deben ser satisfechos por dicha organización. Dicho de otra manera: lo que hace que la instancia jurisdiccional forme parte de la garantía de los derechos es el cumplimiento de una serie de requisitos de organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

Estos requisitos tienden a uniformarse, en lo esencial, en el derecho comparado e internacional. En el caso de la *Constitución Suiza de 1999*, en vigor desde el 2000, el título II, *Derechos fundamentales, ciudadanía y fines sociales*, regula en su artículo 30 las garantías del procedimiento judicial, estableciendo: “Toda persona cuya causa deba ser juzgada en un proceso judicial tiene derecho a un tribunal establecido por la ley, competente, independiente e imparcial. Quedan prohibidos los tribunales de excepción”. Por su parte, el artículo 8º de la CADH establece: “Toda persona tiene derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”.

En definitiva, para que se pueda hablar de garantía jurisdiccional se deben cumplir a lo menos los requisitos de imparcialidad, independencia, derecho al juez natural, y eficacia y expedición; a más de las exigencias del debido proceso las que, en cuanto dirigidas al propio actuar jurisdiccional, deben ubicarse en una categoría separada.

a) Imparcialidad

El primero de estos requisitos es la imparcialidad del órgano llamado a ejercer jurisdicción, como elemento de la definición de la función jurisdiccional. Esta imparcialidad se define en una primera aproximación como la desvinculación de los titulares del órgano jurisdiccional de toda relación con el objeto juzgado y con las partes; en un concepto más avanzado, sin embargo, la idea de imparcialidad conlleva el establecimiento de un órgano jurisdiccional desvinculado de todo in-

terés que pueda provocar un impulso propio de actuación¹⁴⁰. Sobre esta idea se justifica la exigencia de exclusividad del órgano jurisdiccional, en el sentido que sólo los órganos jurisdiccionales puedan ejercer jurisdicción, y sólo puedan ejercer jurisdicción, sin que le sean encomendadas, además, otras funciones (ni siquiera funciones de administración al interior del sistema judicial, más allá de las domésticas del propio tribunal)¹⁴¹.

En síntesis, puede decirse que la exigencia de imparcialidad del órgano jurisdiccional se desglosa en el principio de exclusividad, en los resguardos procesales para evitar el vínculo del juzgador concreto a las partes concretas, y en las medidas y resguardos procesales destinados a evitar el vínculo entre el juzgador y la cuestión concreta sometida a su conocimiento.

b) Independencia

En segundo lugar encontramos el principio de independencia judicial que, como garantía, apunta en primer lugar a la independencia del juez, como posición jurídica que lo desvincule de todo poder de instrucción y lo ubique en una situación fáctica que impida la injerencia, por la vía de la presión o influencia en términos de consecuencias para el juzgador, de terceros. Respecto de terceros no institucionales esto queda entregado principalmente al legislador penal: desde el punto de vista de la organización de la judicatura, la protección del juez frente a presiones de otros órganos se da consagrando, a lo menos, la inamovilidad judicial y la prohibición de traslados no consentidos.

c) Derecho al juez natural

El tercer elemento constitutivo de la garantía jurisdiccional es el derecho al juez natural, principio desarrollado en el contexto de la pluralidad de jurisdicciones existentes en la Francia pre-revolucionaria, y de la práctica del monarca de ampliar las competencias de la jurisdicción real por la vía de encomendar el conocimiento de determinadas causas a tribunales específicos (o crearlos para el caso). Se trata entonces de prohibir estos encargos, cometidos o “comisiones” especiales que alteran la radicación regular de una causa en el tribunal al cual normalmente le hubiese correspondido conocer. El principio subyacente consiste en proscribir cualquier procedimiento que lleve a determinar el tribunal para un caso concreto

¹⁴⁰ Es aquí donde se funda la relación entre el concepto de función jurisdiccional y el principio de pasividad de los tribunales. Los tribunales son pasivos porque carecen (deben carecer) de un interés funcional propio que poner en movimiento.

¹⁴¹ Es la falta de esta exclusividad la que permite negar la calificación de actividad jurisdiccional a órganos administrativos que resuelven sobre pretensiones sobre las que no tienen interés.

más allá de las reglas generales y abstractas que definen la competencia del órgano judicial al momento de constituirse los elementos del caso a conocer. De esta forma, el derecho al juez natural no es otra cosa sino la faz orgánico-jurisdiccional correlativa al principio de generalidad y abstracción de la ley.

d) Eficacia y expedición

La tutela otorgada por el órgano jurisdiccional ha de ser oportuna, lo que involucra un elemento temporal. Al mismo tiempo, el acceso a esta tutela no debe estar obstruido por requerimientos procesales innecesarios o demasiado complejos.

La falta de adecuación de la organización judicial, en general, a estos requerimientos —en especial al de eficacia y expedición—, unida en muchos países de tradición continental a una visión disminuida del juez como titular de todo el poder judicial del Estado, ha favorecido una opinión proclive a la creación de acciones especiales de tutela de los derechos fundamentales, entregada a órganos especiales, o a tribunales superiores dentro de la estructura judicial. Se encuentran aquí las acciones de amparo o queja constitucional, y en Chile en especial la acción de *habeas corpus* y la acción de protección. Sin embargo, no hay ninguna razón de fondo que hable de manera absoluta o definitiva en favor de radicar la protección de los derechos fundamentales en un tribunal de defensa de la supremacía constitucional. Más bien, hay poderosos argumentos a favor de radicar esta tarea en los tribunales ordinarios de primera instancia, con la regulación de procedimientos adecuados. Esta opción, adoptada en Chile con ocasión de la reforma procesal penal ha demostrado, a la luz de la experiencia de la labor de los juzgados de garantía, ser viable y adecuada al fin de tutela perseguido.

Sin embargo, hay que reconocer que en una gran cantidad de países, los tribunales ordinarios de la primera instancia, o bien los procedimientos judiciales ordinarios, se han mostrado inadecuados para la protección de los derechos fundamentales. Es ante esta realidad que han surgido mecanismos de lo que podría denominarse una tutela extraordinaria de los derechos fundamentales, radicada en acciones especiales —ya sea por el órgano que conoce, ya sea por un procedimiento especial ante tribunales ordinarios— y que en el derecho comparado se suele estudiar bajo la denominación genérica de amparo de derechos fundamentales.

Este amparo se presenta bajo tres modalidades principales. Una, quizás la de más larga tradición histórica, es el del amparo mexicano, que ha devenido en una verdadera acción ordinaria de revisión de constitucionalidad por medio de la cual es posible el examen de un amplio espectro de actos públicos, incluyendo sentencias judiciales, a tal punto que desplazó tempranamente a la casación en el fondo

en el México de principios del siglo XX. Aquí el énfasis no es ni la celeridad ni la especialidad del órgano que conoce¹⁴², sino el examen particular de la constitucionalidad de una medida. Un segundo tipo de amparo puede observarse en la queja constitucional alemana cuya característica esencial es el conocimiento entregado al órgano de jurisdicción constitucional respectivo (estadual o federal, en su caso). Tanto en el amparo mexicano como en la queja alemana las medidas cautelares se dan al interior del respectivo proceso, pero no constituyen su objeto principal, el que usualmente va encaminado a la anulación del acto atacado. A diferencia de ellos, el amparo argentino tiene un énfasis cautelar, al menos en cuanto ha presentado, en su desarrollo histórico, un carácter subsidiario respecto de los demás medios o recursos cuando ellos no sean idóneos para otorgar la protección solicitada.

A nivel internacional convencional, se establece como obligación del Estado el asegurar el derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución, la ley o el instrumento convencional (artículo 25 CADH) o bien sólo por el instrumento convencional (artículo 2.3.a PIDCP): se consagran también los deberes de decisión por parte de la autoridad competente, de desarrollo de las posibilidades de recurso judicial, y de cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso¹⁴³. Si bien estas disposiciones no se restringen a un mecanismo de protección jurisdiccional, a falta de un recurso especialmente regulado será en dicha sede donde se podrá buscar una protección con las características previstas por las disposiciones citadas. Lo que es importante destacar, en el contexto de este acápite, es que la obligación internacional no necesariamente conlleva la necesidad de una tutela jurisdiccional extraordinaria de los derechos fundamentales; basta la tutela ordinaria si ella cumple con los requisitos expresados.

¹⁴² En sus orígenes, en el proceso de federalización mexicana, la radicación de la competencia para conocer del amparo en los tribunales federales se explica por la desconfianza que se tenía hacia la integración de los (nuevos) tribunales estatales, respecto del mayor prestigio que tenían los tribunales ya existentes (que pasaron a ser los tribunales federales).

¹⁴³ Es importante hacer presente que la acción de protección del artículo 20 de la Constitución no satisface las exigencias de ninguno de los dos instrumentos internacionales citados y por tanto no puede calificarse como el recurso efectivo a que ellas aluden. En el caso del PIDCP, porque no ampara los derechos contemplados en ese pacto, o bien en la extensión y de la forma en que los consagra este instrumento. En el caso de la CADH, vale lo mismo para los derechos consagrados a nivel convencional, pero, además, se agrega el hecho que nuestro artículo 20 no se extiende a derechos fundamentales consagrados en la ley, como exige, del recurso efectivo, el Pacto de San José de Costa Rica.

DERECHOS FUNDAMENTALES

De los diferentes temas que surgen con ocasión del estudio de los derechos fundamentales, la cuestión del fundamento de los derechos humanos y/o fundamentales (o el fundamento de los derechos en general, para no volver sobre la terminología) es uno de los más vastos, con ya casi cinco siglos de historia y una enorme pluralidad de autores. En rigor, se trata de un tema metajurídico, que pertenece al ámbito de la filosofía del derecho, de la filosofía política y, podría decirse, de la filosofía en general. Sin embargo, y aun cuando no sea su objeto de estudio, un trabajo introductorio al estudio de los derechos fundamentales no puede pasar por alto que las posiciones sobre el fundamento de los derechos tienen consecuencias jurídicas al momento de interpretar y –usando la terminología tradicional– “aplicar” las disposiciones sobre derechos consagradas en tratados y constituciones. En el presente capítulo se persigue aportar una visión sinóptica de la cuestión sobre el fundamento de los derechos, a través de una recensión del respectivo capítulo de la obra de Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* y, a partir de una obra de Benito de Castro Cid, realizar una crítica al planteamiento de esta cuestión. Concluye el capítulo con una aproximación al tema de la fundamentación positiva de los derechos.

§ 25. EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO

El problema del fundamento de los derechos humanos consiste en encontrar una justificación última que sustente las afirmaciones sobre la existencia y validez de las normas que, como correlativas a los respectivos atributos de los individuos de la especie humana, prescriben, a partir de éstos, un deber de respeto y protección. Dicho de otro modo, intenta responder a la pregunta de por qué determinados intereses, atribuciones, exigencias o aspiraciones deben ser reconocidos como derechos y reclaman una consagración positiva. Desde un punto de vista metodológico, esto implica que pueden identificarse, en la cuestión del fundamento de los derechos humanos, al menos dos preguntas distintas. La primera, y

más general, relativa a la siguiente cuestión: en virtud de qué puede todo hombre reclamar el reconocimiento de ciertos atributos y los correlativos comportamientos debidos de otros, por qué puede presentar ciertas aspiraciones como legítimas, ciertos intereses como protegibles, y cuáles atributos, aspiraciones o intereses deben quedar excluidos¹⁴⁴. La segunda, y más particular, es por qué, del universo establecido como respuesta a la pregunta precedente, determinados atributos, aspiraciones o intereses, deben ser reconocidos como derechos e incorporados al ordenamiento jurídico positivo. La primera cuestión puede situarse dentro del campo de la filosofía ética en general, la segunda (que supone hacerse cargo de la primera) dentro de la filosofía del derecho y del pensamiento político. El tratamiento de ambas supone aceptar, como lo ha señalado Pérez Luño, que puede existir una base racional para los valores éticos, jurídicos y políticos¹⁴⁵.

§ 26. PANORAMA GENERAL SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS: PÉREZ LUÑO

En relación a la fundamentación de los derechos humanos, Massini constata que dentro de las características que destacan en el pensamiento contemporáneo sobre los derechos humanos se encuentra el menosprecio por sus fundamentos últimos¹⁴⁶. Esto puede deberse a que, como ya se dijo, el tema se ha desarrollado de una manera tal que parece imposible entrar en él si no es, como pretensión mínima, con un afán de especialización. Puesto que no es tal el objetivo del presente trabajo, parece útil remitirse aquí a la síntesis elaborada por Antonio Enrique Pérez Luño en el capítulo III de su trabajo *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. A la luz del panorama presentado por este autor habría que responder a Massini señalando que, más que un menosprecio por la pregunta de los fundamentos últimos de los derechos humanos, se constata la existencia de una gran diversidad de posturas relativas a la pertinencia y posibilidad de un fundamento último en este ámbito. Así, para lo que Pérez Luño llama las posturas realistas, la pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos carecería de sentido, en la medida en que se encontraría ya superada. “...el problema de la fundamentación de los derechos humanos es considerado superfluo, por estimarse resuelto”¹⁴⁷. Por otro

lado, las posturas positivistas niegan la posibilidad de una tal fundamentación, por lo que la pregunta es descartada por irresoluble. Este autor atribuye esta postura del pensamiento positivista a un enfoque no cognoscitivista, que parte de la idea de que los juicios de valor, en especial los morales, no son susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos. Dentro de esta corriente incluye a las escuelas neopositivistas de Viena y Berlín, y a la Escuela Analítica del Lenguaje (moral) del pensamiento anglosajón. Como variantes del no cognoscitismo se encontraría el pensamiento relativista de Max Weber y de Hans Kelsen, y las tesis emotivistas de Rudolph Carnap y Alfred Ayer, las que, proyectadas al derecho, se manifestarían en el Realismo Jurídico Escandinavo, en especial los exponentes de la escuela de Uppsala, Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt y Karl Olivecrona, así como también Alf Ross.

Dentro de las corrientes que admiten la posibilidad de dar un fundamento para los derechos humanos se encuentran, según Pérez Luño, aquellas que afirman la existencia de un orden de valores, reglas o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal, con independencia de la experiencia de los individuos, o de su conciencia valorativa, y que corresponden a lo que él denomina la justificación o fundamentación objetivista de los derechos humanos¹⁴⁸. Se ubica aquí la ética material de los valores de Max Scheler y Nicolai Hartmann (recibida en España por José M^a Rodríguez Paniagua), basada en la premisa fundamental de la existencia de valores, como esencias ideales existentes *per se* con independencia de su cognoscibilidad racional, y que sólo pueden ser aprehendidos por el sentimiento y la intuición. Frente al argumento de la mutabilidad de los valores en el tiempo, esta doctrina sostiene que lo que cambia es la conciencia axiológica, valorativa, y no los valores mismos. Se critica esta postura porque, aun cuando postula que los valores y su ordenación jerárquica pueden ser conocidos con la misma exactitud que tienen los resultados de la lógica y de la matemática, sus sostenedores no llegan a ponerse de acuerdo en cuál sería la “tabla de valores”¹⁴⁹.

Una segunda vertiente dentro de esta corriente la presentaría el objetivismo ontológico cristiano, fundado en la tradición aristotélico-tomista de un concepto de naturaleza humana en una dimensión metafísico-teológica. Según ésta, el hombre, desde su nacimiento, reviste un rango y dignidad propios, apreciables racionalmente. Esta dignidad lleva consigo una necesaria tendencia al bien, mismo que se plasmaría en unos valores objetivos susceptibles de intelección por todos los hombres¹⁵⁰. El orden objetivo de estos valores sería la base de las normas

¹⁴⁴ Por ejemplo, quizás nadie llegaría a negar la conveniencia de que un niño crezca en un ambiente lleno de afecto, pero, más allá de ser un laudable deseo, ¿podemos siquiera elevarlo a la categoría de una exigencia, de un deber moral de sus progenitores, o de otros, cuando éstos no existen?

¹⁴⁵ PÉREZ LUÑO (2001), p. 136.

¹⁴⁶ MASSINI CORREAS (1994), p. 181.

¹⁴⁷ PÉREZ LUÑO (2001), p. 133.

¹⁴⁸ PÉREZ LUÑO (2001), pp. 137 y ss.

¹⁴⁹ PÉREZ LUÑO (2001), pp. 138-139.

¹⁵⁰ PÉREZ LUÑO (2001), p. 143.

objetivas de la acción humana, independientes de la libertad y superiores a ella. En la medida en que estos derechos se vinculan a una ley u orden natural, esta doctrina enfatiza una estricta correspondencia entre derechos y deberes del hombre, descartándose así, del ámbito de los derechos humanos fundamentales, cualquier noción de libertades absolutas o arbitrarias. Según Pérez Luño, es posible ubicar dentro de este grupo a autores como Sergio Cotta, John Finnis, Martin Kriele y Louis Lachance, y a los españoles Enrique Luño Peña y Antonio Fernández-Galiano.

La fundamentación subjetivista de los derechos humanos, asociada al subjetivismo axiológico, enfatiza la autonomía individual como fuente de todos los valores (y, consecuentemente, de los derechos humanos). Defiende la posibilidad de acceder al conocimiento racional de los valores (y se diferencia en esto de la perspectiva del no cognoscitivismo), pero circunscrito a la esfera individual, con lo que se elimina la posibilidad de su comunicabilidad¹⁵¹. El fundamento de los derechos humanos reposa aquí en una determinada visión de sociedad e individuo, donde se resalta la necesidad de permitir a cada individuo la definición de sus propios valores y el reconocimiento de la libertad para concretarlos. En esta línea se inscribiría el pensamiento liberal-progresista de Karl Popper y el planteamiento más bien conservador de Friedrich v. Hayek, destacándose como consecuencias del planteamiento del segundo, en el ámbito de los derechos fundamentales, una proposición antinómica de los valores de igualdad y libertad, un enfoque individualista de los valores éticos y políticos, y una interpretación económica de los derechos humanos que enfatiza el papel de los derechos de propiedad¹⁵². Adicionalmente, puede identificarse un concepto negativo de libertad, entendida como ausencia de intervención estatal (Isaiah Berlin). En una proyección de estos postulados se encontrarían una serie de teorías relativas a la fundamentación de los derechos humanos asociadas al pensamiento económico neoliberal (Richard Posner).

Otro grupo de autores tratado por Pérez Luño con ocasión de la fundamentación subjetivista es el formado por John Rawls, Ronald Dworkin y Robert Nozick. Sin embargo, su adscripción a esta categoría plantea ciertas dudas para el lector de *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Por lo pronto, J. Rawls, según Pérez Luño, sostiene que los derechos naturales son los que dependen solamente de ciertos atributos naturales cuya presencia puede comprobarse mediante la razón natural, empleando métodos de investigación de sentido común. La existencia de estos atributos y de los derechos en ellos basados se establece indepen-

dientemente de las convenciones sociales y de las normas legales¹⁵³. Por otro lado, la base de su fundamento contiene un cercano parentesco procedimental con el pensamiento contractualista: lo que sustenta los derechos naturales serían principios de justicia, derivados de una hipótesis de "posición original" en la que los individuos racionales y libres, e interesados en sí mismos, acuerdan las bases de su convivencia futura bajo un velo de ignorancia (desconocimiento de las propias posiciones sociales en una sociedad futura), bases que consisten en ciertos principios acordados por consenso unánime y como normas perpetuas de una sociedad bien organizada.

La fundamentación de los derechos en la teoría de Nozick descansa en una suerte de teoría de la adquisición, que él denomina *entitlement theory*. El fundamento de los derechos sería su apropiación histórica por títulos justos. Estos derechos tienen el carácter de absolutos ya que nada justifica el sacrificio de los derechos de uno en beneficio de otros o de un pretendido interés común. Como lo señala el mismo Pérez Luño, esta teoría no explica el origen ni el fundamento de los derechos naturales¹⁵⁴. Es, por tanto, sólo aparentemente una fundamentación de los derechos humanos, ya que no se hace cargo del origen de los primeros títulos justos que, en este sistema, constituirían dicho fundamento. Por otro lado, el concepto de la *entitlement theory* parece aportar un criterio objetivo, y no subjetivista, para la identificación de los derechos naturales.

Junto a la fundamentación subjetivista, y a la objetivista, existiría, según Pérez Luño, una tercera corriente que denomina intersubjetivista. Estaría conformada, según este autor, por todas las posturas que conciben a los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, "...categorías que por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación"¹⁵⁵. Se inscribirían en esta corriente la Teoría Consensual de la Verdad, de Jürgen Habermas, y la Escuela de Budapest (György Markus, Agnes Heller, Ferenc Fehér), construida sobre la base del pensamiento marxista de necesidad como categoría filosófico-jurídica fundamental vinculada a opciones axiológicas conscientes¹⁵⁶, y la posibilidad de alcanzar un consenso intersubjetivo a través del discurso racional¹⁵⁷. Ambas se encuentran a la base de la propia propuesta de justificación de Pérez Luño. En lo fundamental, la teoría consensual de

¹⁵¹ PÉREZ LUÑO (2001), p. 145.

¹⁵² PÉREZ LUÑO (2001), pp. 147 y ss.

¹⁵³ Rawls, *Teoría de la Justicia*, citado por PÉREZ LUÑO (2001) p. 156.

¹⁵⁴ PÉREZ LUÑO (2001), p. 159.

¹⁵⁵ PÉREZ LUÑO (2001), p. 162.

¹⁵⁶ PÉREZ LUÑO (2001), pp. 168 a 176.

¹⁵⁷ PÉREZ LUÑO (2001), pp. 163.

la verdad sostiene que es posible llegar a una verdad en un sentido procedimental, como consenso resultante de determinadas condiciones dentro de las cuales se desarrolle el discurso racional. No existe una verdad (ética) por sí misma, como pretende el objetivismo, ni ésta depende de la mera verificación empírica subjetiva, sino que es una función del consenso racional obtenido a partir de lo que se denomina "la situación comunicativa ideal" propuesta por Habermas. Las necesidades generalizables de los individuos serían susceptibles de un razonamiento intersubjetivo conducente a un consenso universal (referido a los participantes en el discurso), con lo que la posibilidad de una verdad consensuada sobre los derechos humanos se vincula directamente a la noción de necesidad, eje de la doctrina de la Escuela de Budapest. Para Pérez Luño, en definitiva, los derechos humanos se encuentran informados por unos valores, que son abstracciones mentales, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas¹⁵⁸.

§ 27. EL CARÁCTER ABSOLUTO DE UNA FUNDAMENTACIÓN

Enfrentados a esta diversidad de enfoques, resulta interesante conocer una reflexión sobre el carácter absoluto y eventualmente excluyente de la fundamentación de los derechos humanos. Aquí aparecen como dignas de atención las reflexiones que Benito de Castro Cid formula respecto de las trampas teóricas que envuelve la tarea de fundamentar los derechos humanos, partiendo por la idea expuesta en las líneas anteriores: "*parece que lo que preocupa más generalmente en este ámbito es, no el saber por qué y cómo han llegado los derechos humanos a ser incorporados a los textos positivos de reconocimiento, sino más bien el descubrir las razones o argumentos por los cuales resulta racionalmente exigible que tales derechos sean reconocidos*"¹⁵⁹, de tal modo que la fundamentación de los derechos humanos, en cuanto ha de ser crítica o racional "*será el contenido de una argumentación racional orientada a describir y formular razones o motivaciones lógicas que tienen la capacidad de hacer surgir en la generalidad de los hombres (al menos, en la generalidad de los hombres que actúan racionalmente) el convencimiento de la actual necesidad ineludible de reconocer y garantizar el disfrute de la serie de derechos calificable como 'derechos humanos'*"¹⁶⁰. Haciendo ver que dicha argumentación ha de desarrollarse sobre ciertos axiomas o premisas, como punto de partida, y que por tanto quedan ellos mismas fuera de la discusión, definiendo y cerrando el respectivo sistema de ra-

cionalidad, soluciona el problema de la posibilidad o imposibilidad de una fundamentación absoluta de los derechos humanos: "*La tesis de que ni se puede encontrar ni existe el fundamento absoluto ha llegado a ser una especie de tópico sagrado de la teoría general de los derechos humanos. Sin embargo, resulta radicalmente inevitable que cualquier intento de fundamentación racional de los derechos humanos se desarrolle sobre la pretensión explícita o implícita de descubrir un fundamento definitivamente resolutorio, en el sentido de que dicho fundamento tenga una definitiva y total capacidad de convicción. Y, por otra parte, ha de aceptarse la evidencia de que cualquier fundamentación se formula en el riesgo de que su validez sea meramente provisional por estar abierta al rechazo, a la discrepancia o a la contradicción*"¹⁶¹. Explica que esta paradoja surge cuando se equipara el carácter absoluto de una fundamentación con la idea de que dicha argumentación puede ser y será en forma necesaria definitiva o persistentemente válida, equiparación que, señala de Castro, no se justifica. "*La afirmación del carácter absoluto de una fundamentación quiere decir únicamente que la validez de esa fundamentación no queda subordinada a ningún presupuesto racional ajeno al contexto racional dentro del que ella misma se formula. (...) Entendidos sus términos en este sentido, toda fundamentación crítica genuina (es decir, coherente con su propio carácter) tiene una validez racional absoluta. Pero, al mismo tiempo, está abierta a la posibilidad de que esa validez no sea reconocida por todos los sujetos y de que no tenga una vigencia racional ilimitada en el tiempo*"¹⁶². Ahora bien, tomando en cuenta que cada fundamentación se construye dentro de un determinado contexto de pensamiento racional, no se desprende del carácter absoluto de una fundamentación de los derechos humanos su carácter excluyente de otras fundamentaciones, de tal modo que "*en un universo plural de contextos de racionalidad se da siempre la posibilidad de que coexistan varias fundamentaciones absolutas de los derechos humanos*"¹⁶³.

§ 28. EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS COMO CUESTIÓN DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA Y DEL DERECHO

Al momento de trazar una línea y sacar conclusiones en relación al problema de la fundamentación de los derechos humanos, es importante introducir un elemento que, hasta ahora, no ha sido destacado. La afirmación de ciertos derechos del hombre, donde más fuerza y relevancia adquiere no es en una dimensión jurídica, sino en una dimensión moral, como demanda a los principios que deben

¹⁵⁸ PÉREZ LUÑO (2001), pp. 182.

¹⁵⁹ DE CASTRO CID (1989), p. 121.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ DE CASTRO CID (1989), p. 123.

¹⁶²⁻¹⁶³ *Ibidem*.

informar un ordenamiento jurídico, político o social. Tanto en su enunciado en la *Declaración de Independencia de los EE. UU.*, como en la *Declaración* francesa de 1789, se trata de ideas que se enfrentan al orden existente, y se estiman suficientes para subvertirlo de manera transformadora¹⁶⁴. La concepción corriente de derechos humanos, o al menos, la que se ha utilizado aquí, comparte ese sentido de exigencia a los órdenes positivos (aun cuando en casos concretos ya se haya verificado la positivación de los respectivos derechos). Por lo tanto, la pregunta sobre la fundamentación de los derechos humanos no es la pregunta sobre el fundamento de una entidad jurídica, sino de los principios meta-jurídicos que se proponen, en el ámbito de la filosofía moral, respecto del orden político jurídico¹⁶⁵. Aun cuando se intente una reflexión exclusivamente centrada en el individuo, las premisas de esa reflexión —que son las que, según de Castro Cid, cierran el sistema de racionalidad y por lo tanto quedan ellas mismas fuera del intento de fundamentación— son siempre concepciones y valores sobre la sociedad, el individuo y el orden político. ¿Cuál es, por ejemplo, el fundamento de los derechos en el pensamiento de Locke? Puede escribirse mucho al respecto, pero la premisa básica de este autor no encuentra, en su obra, fundamento alguno de carácter racional. En efecto, la idea de ley natural sólo reposa en la creencia religiosa de un Supremo Hacedor, por cuya orden y a cuyo servicio llegamos a este mundo¹⁶⁶, lo que constituye un acto de fe y en cuanto tal, no es susceptible de fundamentación racional.

§ 29. FUNDAMENTACIÓN POSITIVA DE LOS DERECHOS:

LA DIGNIDAD HUMANA

La exclusión de la pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos, en un enfoque jurídico, no responde a un desprecio de la cuestión, ni a una posición realista o positivista, sino simplemente a una cuestión metodológica: remite el asunto al correspondiente ámbito, el de la filosofía política y el de la filosofía del derecho. Una cuestión distinta es la del fundamento de los derechos que alcanzan un reconocimiento en el ordenamiento jurídico positivo. Cuando esta fundamentación puede articularse a partir de preceptos del mismo ordenamiento positivo, y de su relación con dichos preceptos se desprenderán consecuencias normativas, esta es una tarea que se ubica en el campo del trabajo dogmático. Es lo que

sucede en muchos ordenamientos constitucionales que reconocen y promueven la dignidad humana; comenzando por el modelo del artículo 1º de la *Ley Fundamental de Bonn*¹⁶⁷, artículo 1º de la *Constitución de Portugal*¹⁶⁸, el artículo 10.1 de la *Constitución Española*¹⁶⁹, artículo 1º de la *Constitución de Brasil*¹⁷⁰; artículo 1º de la *Constitución de Colombia*¹⁷¹; artículo 1º de la *Constitución de Perú*¹⁷², etc. En estos casos, y con especial fuerza en Alemania y España, la idea de dignidad se presenta como fundamento de los derechos en la construcción del contenido de protección y las consecuencias jurídicas de las disposiciones específicas sobre derechos fundamentales¹⁷³. En el ámbito del derecho internacional, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, consagra en su preámbulo, como bases de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, el reconocimiento de la dignidad intrínseca (y de los derechos iguales e inalienables) de todos los miembros de la familia humana. Puede sostenerse entonces que existe, a nivel positivo, un generalizado reconocimiento de la dignidad humana, que suele presentarse por la doctrina como fundamento de los derechos fundamentales, o de los derechos humanos, en su caso.

La idea de dignidad humana parece tener su origen mas claro en la Stoa, la escuela del pensamiento estoico desarrollada en la Grecia Clásica post-aristotélica. La idea de que la chispa de la racionalidad divina ha prendido en el hombre,

¹⁶⁷ "La dignidad de la persona es inviolable. Respetarla y protegerla constituyen un deber de todo poder estatal".

¹⁶⁸ "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

¹⁶⁹ "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

¹⁷⁰ "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I. a soberania; II. a cidadania; III. a dignidade da pessoa humana; IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V. o pluralismo político".

¹⁷¹ "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

¹⁷² "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".

¹⁷³ Fernández Segado ha señalado que la dignidad de la persona "es el primer principio en que están contenidas, como en su simiente, las demás afirmaciones" (del artículo 10.1. de la Carta española); FERNÁNDEZ SEGADO (1995), p. 19. En este mismo trabajo desarrolla el rol de la consagración positiva de la dignidad como fuente de todos los derechos, tanto en el ordenamiento alemán como en el español (pp. 33 y ss., en especial p. 36).

¹⁶⁴ Es justamente a este carácter subversivo de las declaraciones de derechos que se dirige la crítica más enfática de Bentham en sus *Anarchical Fallacies*.

¹⁶⁵ O, según la expresión ya citada de Benito de Castro, "...el descubrir las razones o argumentos por los cuales resulta racionalmente exigible que tales derechos sean reconocidos", DE CASTRO CID (1989).

¹⁶⁶ LOCKE (1990) § 6, pp. 9 y ss.

dando a la humanidad “una posición especial entre las creaciones del espíritu del mundo”¹⁷⁴, y la afirmación de la igualdad esencial de todos los hombres en cuanto racionales y libres, es un acervo que se mantiene, tanto en la tradición judeo-cristiana (que ve en la dignidad del hombre un consecuencia de su naturaleza como creación a imagen y semejanza de Dios), en la mención ocasional de la *dignitas humana* en la obra de Santo Tomás, en la bella *Oratio* de G. Picco de la Mirandola (dignidad como capacidad de determinar la propia existencia), hasta el pensamiento racionalista de Kant (dignidad como cualidad de aquello que es un fin en sí mismo, no un objeto y que, por ello mismo, no tiene precio, y que Kant no predica propiamente de cada individuo, sino de la moralidad, y de la humanidad en cuanto posee capacidad para ella)¹⁷⁵.

Sin embargo, hoy en día la noción de dignidad se ha usado para justificar las más peregrinas posiciones sobre derechos del hombre, y admite muchas lecturas distintas, por lo que reconocerla como su fundamento positivo no implica alcanzar un terreno seguro en el ámbito conceptual. Los elementos mínimos, o presentes en toda noción de dignidad, parecen ser los siguientes:

a) una primera característica que está dada por la noción de individuo. Una faceta constitutiva del valor del individuo es su “unicidad”, la diversidad entre uno y otro individuo, del género humano, lo que lo hace insustituible o, lo que es igual, hace que no exista medida alguna que iguale el valor de un individuo único e irrepetible¹⁷⁶. De aquí la oración de Kant: “*Aquello que no tiene precio, porque se encuentra por sobre todo precio, y no tiene equivalente, eso tiene dignidad*”¹⁷⁷. Esta individualidad se construye a partir de la base física, como identificación, dentro del género, de una posibilidad de desarrollo humano. Lo que se valora es el núcleo de la existencia individual, la posibilidad de llegar a ser dentro de esa unicidad, con independencia de los grados de desarrollo que puedan alcanzarse, de la situación concreta en que se encuentre cada individuo;

b) un segundo elemento está constituido por las facultades inherentes al género humano, vinculadas a las posibilidades de desarrollo individual, que son su racionalidad y su libertad, en especial como libertad y racionalidad para determi-

nar el propio actuar y su orientación ética (libertad moral¹⁷⁸). Aquí se conecta también la idea de potencialidad. Es evidente que un niño de dos meses, o un oligofrénico carecen, por ejemplo, de un grado desarrollado de racionalidad en comparación con un adulto “normal”. Pero en su individualidad concreta comparten el núcleo de potencia humana en que se funda, sin agotarse, la idea de dignidad;

c) por último, el término dignidad se entiende predicado de un individuo humano frente a otros de su misma especie, como *status* o condición a ser reconocido por otros seres humanos. Es la específica diferencia de género consistente en, y sólo reconocible por, un ser libre y racional. Un individuo puede ser dañado en su integridad por un animal, privado de su libertad de desplazamiento, por ejemplo, por un evento de la naturaleza, etc. Su dignidad sólo puede ser desconocida por otros seres humanos.

Se llega así a formular una idea de dignidad como el valor de la potencia de desarrollo humano individual hacia la realización de la autodeterminación racional y libre de cada persona, presente en las relaciones humanas.

Mas allá del carácter de generalidad en que permanecen los distintos intentos de dar un concepto de dignidad de la persona, existe al menos consenso respecto de que el reconocimiento de la dignidad como cualidad inherente de todo ser humano lleva consigo la necesaria atribución de personalidad jurídica, identificándose de este modo la existencia de todo individuo de la especie humana como titular de derechos, lo que es un avance relativamente tardío en la evolución del pensamiento y la concreción positiva de los derechos del hombre¹⁷⁹. No obstante, la afirmación de que la dignidad es fundamento de los derechos fundamentales, en un ordenamiento positivo dado, plantea una serie de cuestiones no resueltas, dentro de las cuales pueden mencionarse las relativas a su concepto, a la posibilidad de fundar en la respectiva referencia a la dignidad la defensa de derechos no contemplados en el correspondiente catálogo constitucional de derechos fundamentales, y a su función normativa respecto del manejo de los derechos que sí encuentran consagración positiva en el respectivo texto constitucional.

¹⁷⁴ SABINE (1994), p. 135.

¹⁷⁵ STERN (1988), pp. 57-58.

¹⁷⁶ Presente esta idea incluso en el pensamiento oriental. En una interesante obra, *La importancia de vivir*, el chino Lin-Yutang hace radicar el núcleo de la idea de dignidad en la diversidad de los individuos.

¹⁷⁷ La traducción de la frase original no expresa exactamente la idea kantiana, ya que el término “dignidad” no evoca en castellano de manera tan fuerte la idea de “valor” que, en la oración “*Was kein Preis hat, weil über allen Preis ist, kein Äquivalent hat, das hat eine Würde*”, sería mas preciso asignar a la palabra “Würde”.

¹⁷⁸ La que se reclama especialmente en oposición a los intentos de imponer una moral de Estado a los individuos adultos, como por ejemplo, la existencia de una instancia de censura cinematográfica prohibitiva. Esto, porque no hay forma de justificar que existan adultos que puedan calificar lo que otro adulto debe o no debe conocer, si se supone a este último revestido de la misma dignidad que aquéllos.

¹⁷⁹ No es ocioso recordar que tanto las declaraciones de Virginia de 1776, la de la Asamblea Nacional Francesa de 1789 y las enmiendas a la Constitución Federal de EE.UU. 1791, y gran parte de los textos constitucionales del primer período de universalización de los derechos fundamentales, se da en el contexto de exclusión de ciertas categorías de seres humanos del universo de sujetos respecto de quienes se predicaban esos derechos; ya fuesen los esclavos, ya las mujeres.

En estos casos, es importante distinguir la referencia a la dignidad humana como una cuestión filosófica, de la función normativa que ella pueda alcanzar en el respectivo ordenamiento jurídico. Una perspectiva y efectos normativos radicalmente distintos a los acostumbrados en el Constitucionalismo asociado al Estado de Derecho se derivan, por ejemplo, de asumir los contenidos normativos presentes en constituciones de sistemas socialistas, como fundamentación de los respectivos derechos garantizados en ellas. Así, el reconocimiento de la dignidad del hombre, en la constitución cubana, significa algo distinto que la referencia a la dignidad en las constituciones que siguen el modelo de democracia liberal, desde el momento en que, al menos, es una dignidad al servicio de la construcción del socialismo (artículo 9, Constitución de Cuba)¹⁸⁰.

En el caso chileno, si bien existe una frecuente referencia a la dignidad humana como fundamento de los derechos de la persona, esta postura no encuentra un asidero sólido en nuestro texto constitucional, ni —en contra de lo que se suele creer— tampoco en los antecedentes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en la cual la dignidad aparece en un mismo plano con la libertad y los derechos esenciales, pero muy rara vez como antecedente o fundamento de los mismos.

SEGUNDA PARTE

ELEMENTOS DE DOGMÁTICA IUSFUNDAMENTAL

¹⁸⁰ Sobre la incompatibilidad entre la noción de derechos humanos y el pensamiento marxista, ver MASSINI CORREAS (1984).

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 30. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En este trabajo se entiende por dogmática el desarrollo de una serie de afirmaciones articuladas sobre el origen, contexto y función del texto normativo, destinadas a permitir su manejo por los operadores jurídicos dentro de un marco de racionalidad. Incorpora elementos teóricos y prácticos en una función orientadora, ya sea que ésta se dirija a una modalidad establecida de comprensión del texto, ya sea que asuma respecto de dicha modalidad una posición crítica. La dogmática configura y evalúa institutos jurídicos, establece relaciones entre textos normativos y articula construcciones argumentales destinadas a permitir la comprensión y aplicación de dichos textos o, en un sentido más amplio, el manejo de las fuentes del derecho. En esta tarea es ilustradora la distinción que Robert Alexy hace entre tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa. La primera trata de las consideraciones sistemático-conceptuales sobre el derecho válido, que van desde el análisis de los conceptos fundamentales, pasando por la construcción y por el estudio de la estructura del sistema jurídico, hasta la cuestión de la fundamentación y argumentación, en su caso, de los derechos fundamentales. La dimensión empírica se ocupa del conocimiento del derecho positivamente válido (incluyendo la descripción y pronóstico de la praxis judicial y consideraciones sobre la eficacia del derecho) y de la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica. Este aspecto de la dimensión empírica alude al conocimiento de los elementos de hecho a ser involucrados, en el sistema de fuentes, como jurídicamente relevantes. Por último, la dimensión normativa se mueve en el ámbito de la orientación y crítica de la praxis jurídica; tanto para cerrar las lagunas del material dado autoritativamente, como para abordar el problema de la fundamentación aportada por los tribunales como sustento de sus decisiones¹⁸¹.

¹⁸¹ ALEXY (1993), pp. 29 y ss.

Dentro de esta dimensión habría que enfatizar, siguiendo a Friederich Müller¹⁸², la función de control que cumple la dogmática jurídica respecto de la praxis judicial. Aquí, la dogmática se alza como una forma de control no institucionalizado, único control que la sociedad puede ejercer sobre los garantes de la racionalidad del sistema jurídico —la judicatura—, para disciplinar su actuar de acuerdo a las demandas de racionalidad que, a su vez, el sistema social plantea al derecho.

§ 31. DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La necesidad de una aproximación dogmática al tema de los derechos fundamentales es, en primera línea, de naturaleza institucional. El gran desafío de todos los sistemas constitucionales, después de la Segunda Guerra Mundial, es cómo alcanzar una efectiva vigencia de los derechos consagrados en las respectivas cartas fundamentales, de una manera compatible con el ejercicio de la autoridad. Y esto porque, a partir del reconocimiento creciente del carácter normativo de la constitución, el centro de las decisiones públicas se ha desplazado cada vez más desde el parlamento a los tribunales. Ahora bien, puesto que los textos constitucionales, en la parte relativa a los derechos, suelen ser muy escuetos, asumiendo por lo general fórmulas lapidarias, de muy débil función indiciaria, el margen de decisión entregado a los tribunales es enorme. Sin una dogmática de los derechos fundamentales se podría llegar a frustrar el objetivo mismo del Estado Constitucional, en la medida en que el texto de la constitución pierde fuerza normativa y se transforma simplemente en el punto de inicio de elucubraciones cualesquiera sobre el posible sentido normativo de la respectiva protección iusfundamental. Este riesgo, constatado en sistemas con una jurisdicción constitucional concentrada en un tribunal constitucional, es aun mayor en casos como el chileno donde el conocimiento del recurso de protección, equivalente comparado del amparo o queja constitucional, se encuentra entregado en primera instancia a una pluralidad de tribunales (las cortes de apelaciones); y, en segunda instancia, a una Corte Suprema que, siguiendo la más que secular regla del artículo 3º del Código Civil, no se entiende vinculada por sus precedentes en materia constitucional¹⁸³.

El tratamiento de los derechos fundamentales requiere de un especial cuidado, tanto más cuanto que se articula en un sistema de fuentes que se hace cada vez más complejo. A la ya discutida relación entre derechos fundamentales y dere-

chos humanos (correspondientes a la posición de las fuentes de derecho constitucional frente a las de derechos internacional público) se suma en la evolución legislativa reciente el problema de la posición de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, donde encontramos, por ejemplo, consagración legal de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, con su correspondiente acción de amparo¹⁸⁴; la regulación procesal penal, con deberes de respeto de los derechos fundamentales y correlativa acción de nulidad¹⁸⁵, la aparición de los derechos fundamentales como deberes del empleador¹⁸⁶, y su consideración en el derecho procesal laboral¹⁸⁷, incluyendo una específica vía cautelar¹⁸⁸. Esta proliferación de referencias legislativas a los derechos fundamentales abre la posibilidad a su ejercicio procesal, provocando así los correspondientes pronunciamientos de jurisdicciones que no están concebidas para el manejo de categorías propias del derecho constitucional. El riesgo que se corre con ello es el de una expansión, y consecuente vaciamiento, del contenido fundamental de los derechos fundamentales.

§ 32. DOGMÁTICA IUSFUNDAMENTAL EN CHILE

Las construcciones dogmáticas sobre derechos fundamentales se destacan en nuestro país por su escasez. Este rasgo salta a la vista, a pesar de la existencia de diversas obras que, por su nombre, parecería que se encargan de esta tarea. Una lectura detenida de las mismas elimina esta impresión. Es así, por ejemplo, como tanto el trabajo de Evans, *Los derechos constitucionales*, como el de Nogueira, *Dogmática Constitucional*, con todo el aporte que representan, no llegan a constituir una construcción dogmática de carácter sistemático. El trabajo varias veces citado aquí, de José Ignacio Martínez Estay, Joaquín García-Huidobro Correa y Manuel Núñez Poblete, *Lecciones de Derechos Humanos*, es quizás el mejor logrado en esta materia, pero justamente por ser una obra que reúne aportes individuales separados, deja pasar una buena oportunidad para articular los diversos contenidos que trata, a través de un hilo conductor. La obra de Sergio Diez Urzúa, *Persona y Valores*, cumple a cabalidad su objetivo, pero éste va dirigido a la opinión pública ilustrada, y no al ámbito académico o científico¹⁸⁹. El trabajo de José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías* da,

¹⁸⁴ Artículo 2 de la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947.

¹⁸⁵ Artículos 7, 9, 10, 93 i. II [a], 373 [a] del Código Procesal Penal.

¹⁸⁶ Artículo 5 del Código del Trabajo.

¹⁸⁷ Como causal de la apelación, artículo 477 lit. [a] del Código del Trabajo.

¹⁸⁸ Artículo 485 del Código del Trabajo.

¹⁸⁹ DIEZ URZÚA (1999), p. 15.

¹⁸² En el caso de este autor, la idea de un método jurídico, o de una ciencia del método jurídico (juristische Methodik), implica una determinada forma de aproximación al trabajo con textos normativos y, por tanto, se incorpora a una noción amplia de dogmática. En particular, MÜLLER (1993).

¹⁸³ Sobre el problema de la interpretación de los derechos fundamentales en sedes jurisdiccionales distintas y eventualmente concurrentes cfr. BORDALÍ SALAMANCA (2007).

en su primera parte, y de acuerdo a su epígrafe¹⁹⁰, una caracterización de los derechos fundamentales, pero no profundiza en cuestiones de teoría o dogmática de los mismos. Gastón Gómez Bernal, en su obra *Derechos fundamentales y recurso de protección*, toca aspectos relevantes para la dogmática de los derechos fundamentales, en un estudio que conjuga de manera convincente elementos teóricos¹⁹¹ y de práctica jurisprudencial: pero el grueso de su trabajo se concentra, precisamente, en un análisis de la jurisprudencia en materia de recurso de protección. El trabajo que hasta la fecha cubre la mayor cantidad de tópicos, con manejo de abundantes fuentes, es el de Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*¹⁹². Las demás obras, como puede desprenderse de la bibliografía de este trabajo, corresponden a textos monográficos, o bien a partes, dentro de obras mayores, que no llegan a sistematizar los aspectos básicos de la dogmática iusfundamental.

Nuestra pobreza dogmática se hace particularmente evidente cuando se examina el tema de la clasificación de los derechos constitucionales (vid. infra, § 83). En efecto, una clasificación de los derechos que persiga tener algún sentido resulta de destacar algunas características como relevantes, y postergar otras como no importantes, para fundar en ellas las respectivas distinciones¹⁹³. De las características elegidas, u omitidas, se concluye, a su vez, el grado de elaboración conceptual de la estructura y función de los correspondientes derechos. De este modo, en todos los casos en que una clasificación se construye sobre criterios que no son relevantes desde el punto de vista de la estructura y función de los derechos constitucionales, o bien, sea cual fuere el criterio elegido, posterga otros que sí lo son, existe un fuerte indicio de que la construcción dogmática subyacente es débil. Este es el caso de las clasificaciones de derechos presentadas en nuestra doctrina nacional. Sin perjuicio de que pueden cumplir una función propedéutica, no es posible apreciar su utilidad para el tratamiento doctrinario de los derechos fundamentales, ya que no distinguen, en cada categoría o grupo de una clasificación, características propias, diferenciadas y jurídicamente relevantes para la protección iusfundamental. Y aun cuando en algunos casos puedan extraerse, analíticamente,

elementos de distinción pertinentes, subyacentes a una clasificación, ellos no son desarrollados por el autor que la propone.

La pobreza de la doctrina nacional sobre derechos fundamentales se ha visto agravada por un fenómeno propiciado por la importancia práctica que ellos han adquirido, en especial en el ámbito del recurso de protección. Este fenómeno consiste en el surgimiento de una serie de trabajos sobre derechos fundamentales realizados sin un sustrato teórico sólido, y sin el manejo de las categorías dogmáticas propias del derecho constitucional (quizás y precisamente por la ausencia de las mismas en la doctrina nacional). Daniela Accatino Scagliotti ha destacado el perjudicial efecto de esta circunstancia para la seguridad jurídica y el tratamiento de los derechos fundamentales en general¹⁹⁴, en tanto que Gastón Gómez Bernal, a partir del estudio del fenómeno en sede de protección, señala que antes que la constitucionalización del derecho, lo que parece haber surgido en el último tiempo es la vulgarización del derecho constitucional¹⁹⁵. Resulta curioso constatar que, mientras que se da por descontado que el tratamiento de temas civiles, por ejemplo, contractuales, supone el manejo de un conocimiento cabal de, al menos, la teoría del acto jurídico y de la teoría del contrato, y en el caso de temas penales, de los elementos básicos de la teoría del delito, no se estime necesario el manejo de las correspondientes categorías del derecho constitucional al momento de entrar en el desarrollo de los derechos fundamentales. Por otro lado, mientras que el académico de cualquier disciplina suele recalcar su especialidad frente a las otras, a las que enfrenta con algún grado de pudor –y por lo tanto un comercialista no se aventurará fácilmente a tratar temas medulares del derecho penal, ni un penalista hará lo propio con el derecho laboral– no parece existir ninguna reserva, para los especialistas en otras ramas del derecho, al momento de entrar en el análisis de los derechos fundamentales que estiman relacionados con su propia disciplina. Si bien no hay ninguna objeción de principio a este emprendimiento académico (ni pretendo sostener la existencia de áreas de tratamiento reservado, por disciplina jurídica) éste suele traer aparejado un manejo de los derechos fundamentales fuera de su contexto constitucional. La calidad de esta práctica doctrinaria es directamente proporcional al acervo teórico y dogmático constitu-

¹⁹⁰ CEA EGAÑA (2002) *Caracterización de los derechos fundamentales*, pp. 33 a 75.

¹⁹¹ Concepto de constitución subyacente a la tutela de derechos fundamentales, derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, contenido de los derechos –y su indeterminación–, efecto horizontal, constitucionalización y vulgarización del derecho, etc.

¹⁹² NOGUEIRA ALCALÁ (2007).

¹⁹³ Cfr. CEA EGAÑA (1999) quien, a pesar de percatarse de esto (p. 86: "...tal clasificación tradicional es útil, aunque no explica la entidad propia de cada una de esas cuatro categorías...") no ofrece, con las clasificaciones alternativas que expone, solución a este problema.

¹⁹⁴ "Un primer factor que inclina nuestra práctica jurídica hacia niveles elevados de falta de seguridad jurídica es la falta de desarrollo doctrinal y jurisprudencial de una dogmática diferenciada y articulada de derechos fundamentales. Esta debilidad ha sido puesta de relieve por varios autores que han llamado la atención sobre el cariz "vulgarizador" que ha asumido en nuestra práctica jurídica la constitucionalización del derecho" ACCATINO SCAGLIOTTI (2006).

¹⁹⁵ GÓMEZ BERNAL (2005), p. 77.

cional que se maneja en cada caso, y contribuye más a una pérdida que a una ganancia de la racionalidad en este ámbito del derecho¹⁹⁶. No está demás el recordar en este punto que se trata de un tema de alta complejidad: tanto, que es precisamente aquí, en el campo del derecho constitucional, donde se ha puesto en jaque y obligado a una revisión profunda de la teoría de la interpretación jurídica en la segunda mitad del siglo XX.

§ 33. INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera cuestión a dilucidar al inicio de una construcción dogmática de los derechos fundamentales en la constitución es la forma en que se interpretará el texto de las disposiciones sobre derechos, esto es, los preceptos iusfundamentales. La interpretación de los preceptos sobre derechos fundamentales debe conciliar, para ser coherente, dos elementos básicos: una teoría de la constitución, con especial énfasis en el concepto y función de los derechos fundamentales dentro de ella, y una teoría general de la interpretación jurídica y de la interpretación constitucional en particular¹⁹⁷. Un adecuado manejo del texto constitucional sólo es

posible a través de un método que incorpore de manera articulada estos elementos¹⁹⁸.

No siendo este el lugar para desarrollarlas extensivamente¹⁹⁹, vaya aquí sólo una breve explicación de las premisas básicas de la teoría de la interpretación que sirve, en este trabajo, de punto de partida a la construcción dogmática, para continuar, en el siguiente punto, con un breve desarrollo del concepto y función de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la teoría de la constitución.

La moderna teoría de la interpretación jurídica, o más precisamente de textos normativos, ha abandonado la idea de que la actividad interpretativa consista en determinar el sentido de un término o una oración, como una entidad presente en ella desde el momento de su emisión, asociada a una efectiva o presunta voluntad del emisor como potestad normadora²⁰⁰. Toda interpretación pasa, en algún momento, por una operación de asignación de sentido (significado) a los textos normativos, que no es reducible a un algoritmo de operaciones exactas, sino que contiene siempre un momento de valoración: el uso del lenguaje natural es siempre analógico. A partir de este concepto, una teoría de la interpretación busca identificar los elementos que permitan acotar los márgenes de la decisión de atribución de significado a los textos normativos, por parte del intérprete, de forma tal de disciplinar el manejo de estos textos en la búsqueda del objetivo final, que es reducir la dimensión de arbitrariedad y subjetividad de la decisión (aunque, como se ha dicho, esta última nunca puede excluirse del todo, por la propia naturaleza del negocio interpretativo).

Siendo así, la teoría de la interpretación intenta sistematizar, en primer lugar, los elementos que permiten justificar una atribución de significado a los textos normativos, sobre la base de referencias disponibles para todos los miembros de la comunidad. Estos elementos intersubjetivos tienen la característica de que no nacen en el propio discurso subjetivo, aun cuando admitan diferentes valoracio-

¹⁹⁶ Se puede hablar de una verdadera vulgarización de los derechos fundamentales (constitucionales) en el sentido de la difuminación de su efecto normativo indiciario: los ámbitos protegidos se extienden cada vez más, sin disciplina alguna, sin delimitación conceptual y, más aún, con una positiva valoración de este fenómeno en una muy básica aplicación del (pretendido) principio *in dubio pro libertate*. Esta acepción de vulgarización debe en todo caso diferenciarse de aquella que alude a la difusión del conocimiento de los propios derechos a nivel de la ciudadanía, y que obviamente es digna de elogio. Es importante tener presente que el extremo opuesto, una hiperracionalización o teorización excesiva del derecho constitucional que lo aleje de su contacto con la realidad y lo acerque a planteamientos exclusivamente conceptuales o teórico filosóficos, como parece apreciarse en alguna literatura europea sobre derechos fundamentales, tampoco es deseable. Sobre el tema vulgarización se pueden ver los artículos de ATRIA LEMAITRE (2003) RUIZ-TAGLE VIAL (2005), CORREA GONZÁLEZ (2005) y ALEGRE. (2005). El trabajo de Atria es particularmente interesante en cuanto destaca los efectos que la vulgarización tiene para la distribución de competencias (2003, p. 62: "Estas características del derecho vulgar tienden como consecuencia a la disolución del delicado sistema de competencias sobre el que se basa el derecho") y para el Estado de Derecho (2003, p. 65: "...el vulgarismo, aunque bienintencionado, hace imposible el ideal del estado de derecho, el 'gobierno de las leyes y no de los hombres'").

¹⁹⁷ La ausencia de cualquiera de estos dos elementos mella sustantivamente la fuerza normativa que pueda desplegar la constitución en general, y su parte relativa a los derechos, en particular. La ausencia de una teoría de la constitución permite cambiar a conveniencia del intérprete la función de los derechos fundamentales y con ello, sustancialmente, el contenido que se le pueda asignar al respectivo texto. El alejamiento de una teoría de la interpretación constitucional, por otro lado, elimina la posibilidad de hacer controlable la asignación de sentido a los textos constitucionales. La teoría de la constitución y la teoría de la interpretación constitucional se implican recíprocamente en un sistema de constitución escrita y jurisdicción constitucional con mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes y de amparo o queja constitucional frente al ejercicio de las competencias de órganos públicos.

¹⁹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2007) pp. 202 y ss., repasa una serie de lo que llama "postulados básicos de interpretación en materia de derechos fundamentales": principio "pro homine", el postulado de progresividad de los derechos, el de "retroalimentación optimizadora", de interpretación de normas infraconstitucionales conforme al bloque constitucional de derechos, de interpretación teleológica, de armonización, y otros. El examen de validez de estos postulados o principios interpretativos pasa por el de las premisas teóricas subyacentes, sin que puedan ser aceptados, sin más, por su evidente (que puede ser, en realidad, aparente) bondad respecto de la protección de los derechos individuales. Es así que, por sólo tomar un ejemplo, la aplicación del principio de progresividad permite avizorar un futuro en que todos, o casi todos los derechos sean calificados de derechos humanos –o fundamentales, en su caso– perdiendo con esto cualquier sentido el concepto.

¹⁹⁹ Trabajo desarrollado en ALDUNATE LIZANA (1997).

²⁰⁰ Cfr. ALDUNATE LIZANA (1998).

nes en su percepción por los sujetos. De esta forma, la argumentación interpretativa vincula la demanda interna de motivación de una decisión jurisdiccional, con una demanda externa, de legitimidad de la misma. Es precisamente esta demanda de legitimidad la que provee el contexto para situar los elementos intersubjetivos de manera coherente y reducir el elemento valorativo a un mínimo.

Si se acepta esta premisa, y sin perjuicio de la pluralidad de enfoques interpretativos a que puede dar lugar el tratamiento de los derechos fundamentales, parece recomendable establecer al menos un punto de referencia para su manejo, que se encuentre a salvo de la sospecha de subjetividad. En este sentido, el punto de partida más seguro para el trabajo sobre los textos normativos de derechos fundamentales reposa en el análisis histórico de las circunstancias y el sentido protectivo que les dieron origen. En la mayor parte de los casos, los derechos que hoy reciben consagración positiva no son el resultado de elucubraciones teóricas o académicas, sino respuesta a situaciones políticas muy concretas de opresión o arbitrariedad. El examen de estas circunstancias, y el estudio de lo que se intentó proteger cuando se logra el reconocimiento y positivación del respectivo derecho permiten evitar, de inicio, una elucubración filosófica o semántica sobre el sentido protectivo de cada precepto iusfundamental, elucubración que es imposible de disciplinar y que puede llevar a cualquier tipo de resultado querido por el intérprete, debilitando, de esta forma, la función normativa del texto constitucional. Lo anterior no implica postular la idea de una interpretación histórica, o sobre el sentido histórico de los derechos fundamentales, al modo del originalismo interpretativo, sino solamente un principio de método para fijar el punto de referencia a partir del cual desarrollar una argumentación interpretativa coherente de las disposiciones sobre derechos fundamentales²⁰¹.

§ 34. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La segunda cuestión previa a toda dogmática de los derechos constitucionales es la de su concepto y función, en el marco de una teoría constitucional que sirva de soporte a dicha dogmática. Las diferencias que se registran en lo tocante a estos puntos son expresivas de los distintos enfoques de teoría constitucional al interior de los cuales se desarrollan.

²⁰¹ En este sentido, entiendo seguir los postulados de SCHEUNER (1981), y, más recientemente, de Francisco Tomás y Valiente. Escribe este último: "No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos e instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante" TOMÁS Y VALIENTE (1996). Para más detalles sobre este postulado metodológico cfr. ALDUNATE LIZANA (2002).

1. La función "clásica" o de defensa

Un primer modelo de comprensión de los derechos fundamentales corresponde a la forma en que interpretamos, hoy, la función que ellos tuvieron en los inicios del Constitucionalismo moderno, donde fueron consagrados a partir de las luchas concretas por ciertos ámbitos de libertad, por la defensa de ciertos derechos (como por ejemplo, la propiedad), y asociados, de manera previa, coetánea o posterior, a una determinada fundamentación filosófico-política. Se estima que al hombre en cuanto tal, o bien en cuanto ciudadano, le "corresponden" ciertos derechos, que se asumen como algo valioso en sí mismo. Esto se plasma en la forma de comprender los derechos del hombre y del ciudadano a partir de las primeras declaraciones y constituciones: se trata de establecer límites al poder estatal. Si bien tienen un carácter fundamental, en el sentido que son constitutivas del credo de legitimidad que va a sostener el poder del Estado Constitucional, no va a ser ese el rol que se destacará en un primer plano. La función que sobresale en la consagración de estas libertades es la de imponer al Estado un deber de respeto y abstención.

Para entender por qué se destaca esta función como una supuesta "función clásica" de los derechos individuales, es necesario tener presente dos ideas. Por una parte es cierto que muchos de los derechos del hombre contemplados en las primeras declaraciones y constituciones nacen como una reacción frente al ejercicio del poder estatal, y más específicamente, del poder ejecutivo de carácter monárquico, preexistente a las pretensiones de libertad²⁰². En este contexto, efectivamente tiene una razón de ser la denominación de estos derechos como derechos de defensa para el individuo (o deberes de abstención para el Estado), básica y esencialmente frente a los atropellos cometidos por el poder ejecutivo. Esta será la comprensión predominante de las garantías constitucionales²⁰³ durante el siglo XIX con el desarrollo de la noción formal de Estado de Derecho, donde el énfasis está puesto en contener la actividad de la administración a través de mecanismos específicos de protección de los derechos del individuo. Por otro lado —y en este punto quizás habría que darle cierto crédito a Jellinek— hay que recordar

²⁰² Esto queda demostrado en el hecho que, en el constitucionalismo francés, lo que primero surge son declaraciones de derechos, siendo posterior la estructuración del poder en un sistema orgánico contemplado por la constitución. En cambio, en el constitucionalismo norteamericano, la declaración de derechos es posterior a la organización de los poderes, porque esta organización nace precisamente del rompimiento político con quien se estimaba el opresor. Es luego de que se constituye el poder de la Unión que se concreta una respuesta positiva a la necesidad de defensa ante el poder estatal federal.

²⁰³ Y aquí, con una intención semántica muy precisa, el uso del término "garantías" y no "derechos".

que el tema nuclear de la libertad en los siglos XVI, XVII e incluso XVIII, es el de la libertad religiosa, donde el argumento central es, precisamente, que no corresponde al Estado intervenir en los asuntos religiosos, los que quedan entregados a la conciencia individual. De este modo, en sus orígenes remotos, la idea de libertad que antecede al desarrollo de muchas de las libertades y derechos modernos es una idea de abstención o no intervención estatal.

Sin embargo, calificar esta idea como el contenido de la “función clásica” de los derechos es, si no del todo incorrecto, al menos impreciso. La demostración de que los derechos fundamentales no fueron originalmente considerados en esta función (de defensa, o de un deber de abstención estatal) está dada por la circunstancia de que, en EE.UU., el surgimiento del *Bill of Rights* no va dirigido a la protección de individuos, sino a limitar el poder de la Federación frente a los Estados, y en Francia, no otorga a los individuos medio de defensa alguno frente a la intervención estatal. ¿Cómo, es entonces, que llega hasta nosotros la idea de una función clásica de los derechos como derechos de defensa unidos a un deber de abstención estatal?

La respuesta se encuentra en la evolución de la idea de Estado de Derecho. Con el desarrollo de la noción formal de Estado de Derecho y su concentración en la idea del principio de legalidad de la administración (ver § 20, en especial el concepto de L. v. Stein), los derechos van a adquirir relevancia en la medida en que son efectivamente garantizados frente a la misma, por medios judiciales de impugnación de actos administrativos ilegales (donde la propia ley incorpora una suerte de protección al derecho consagrado constitucionalmente). Es a partir de este momento cuando va a poder desarrollarse un concepto de derechos fundamentales basado en la idea de derechos subjetivos: junto con la respectiva declaración de libertades y derechos, se otorga al individuo la garantía judicial para enfrentar las posibles lesiones a su derecho, por parte de la actuación de la administración²⁰⁴. Por lo mismo, la expresión práctica del derecho garantizado aparece como la de un deber de abstención, más que una regulación de las modalidades de intervención estatal²⁰⁵. La asimilación del complejo conceptual “derechos fun-

damentales” (como derechos de defensa y de abstención frente al Poder Ejecutivo) y “derechos subjetivos” (facultades del individuo incluyendo la posibilidad de hacer valer su derecho ante tribunales) queda de este modo engarzada en la montura conceptual del Estado de Derecho.

La concepción de los derechos fundamentales como derechos (subjetivos) de defensa tiene dos consecuencias a las que es necesario atender. En primer lugar, puede conducir a una transformación del Estado Constitucional de Derecho en Estado Judicial de un derecho muy cuestionable. Durante el siglo XX se generaliza la institución del control de constitucionalidad de los actos del poder legislativo y, más recientemente, del poder judicial. De extenderse la noción de los derechos de defensa a la totalidad de la acción estatal, se privaría al Estado de su razón de ser; precisamente, el intervenir en la libertad humana a fin de regular los conflictos que puedan surgir entre individuos y grupos; y regular estos conflictos de acuerdo a la valoración que en cada momento histórico asume un pueblo, a través de sus representantes. Esta es la idea básica de la libertad constitucional, contenida en el artículo 4º de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*:

“La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los otros miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser establecidos por la ley”²⁰⁶.

Los derechos resultan en este concepto una habilitación para la intervención legislativa del Estado, misma que define sus límites correlativos. Bajo la idea de un deber de abstención, en cambio, todos los ámbitos consagrados como derechos constitucionales quedarían excluidos de la acción del Estado. Pero en la práctica esto deviene en una ilusión: porque siempre existirán, al menos, conflictos entre particulares, respecto de los mismos ámbitos de libertad o bienes²⁰⁷ que se consagran como derechos constitucionales, y estos conflictos llegarán ante los tribunales que tendrán que resolver el caso. Y si previamente se ha asumido una abstención por parte del Estado, específicamente por parte del poder legislativo, lo único que esto significa en definitiva es que, para la solución del caso, el juez

²⁰⁴ Justamente, el aspecto que destaca Jellinek, y que lo lleva a incluir los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos, es la posibilidad de activar el ejercicio de una competencia estatal (la del órgano judicial) que se ha desarrollado para algunos de estos derechos a la fecha que él escribe.

²⁰⁵ Que es lo que realmente se encuentra detrás de la respectiva garantía. Por ejemplo, el caso de la garantía de inviolabilidad de la propiedad que, apreciada en profundidad, no es otra cosa que una regulación del conjunto de requisitos necesarios para privar a una persona de un bien, pasando por sobre su facultad de disposición; con indemnización, es cierto, pero interviniendo esta nota esencial del derecho de propiedad.

²⁰⁶ “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce que ne nuit pas à autrui; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi”.

²⁰⁷ Pero no “bienes jurídicos” en el sentido de la discusión que al respecto se da en el ámbito del derecho penal. Al respecto, tempranamente, la afirmación de Schmitt: “estos derechos fundamentales no son, de acuerdo a su naturaleza, bienes jurídicos” (“Diese Grundrechte sind also ihrer Substanz nach keine Rechtsgüter...”) SCHMITT (1970), p. 163.

intervendrá sin un sustrato jurídico aportado por el poder representativo del soberano político. La idea de los derechos constitucionales como deberes de abstención estatal deviene así, siempre, no en el resultado de no intervención del Estado en la libertad de los particulares, sino en un desplazamiento de dicha intervención, desde la participación del poder legislativo y judicial, a una intervención meramente judicial. La garantía de las libertades queda de este modo entregada al criterio de una jurisprudencia pretoriana, para el caso concreto y, eventualmente, sin pretensión de generalidad o igualdad más allá de dicho caso. Este fenómeno es evidente en el desarrollo del recurso de protección en Chile, pero se observa de manera más clara aún en países con instrumentos de queja o amparo constitucional concentrados en un solo órgano jurisdiccional. En estos países, tal problema puede llegar a solucionarse de un modo que termina por completar el paso del Estado Constitucional al Estado Judicial de Derecho: se les otorga a las sentencias del respectivo tribunal o corte constitucional un “efecto de ley”, alzándose de esta manera la función jurisdiccional con una verdadera función legislativa.

En segundo lugar, la visión de los derechos fundamentales como derechos de defensa eclipsa, y con el tiempo llegó a ocultar completamente la principal función que cumplen los derechos fundamentales, a tal punto que se ha llegado a hablar del “descubrimiento” de esta función en la segunda mitad del siglo XX, como si no hubiese estado ya presente en el nacimiento del Estado Constitucional. Esta función principal es la de los derechos como normas materiales de competencia.

2. Los derechos fundamentales como normas materiales de competencia

La crítica a la idea de derechos fundamentales como derechos subjetivos resulta de observar el significado o estructura de un derecho subjetivo que implica, siempre, el reconocimiento de la facultad de exigir un determinado comportamiento de otro sujeto o, al menos, de exigir una entidad que, respecto del individuo, está dentro de la categoría de “objeto” respecto del cual se predica esta titularidad.

Si observamos bien cómo operan los derechos constitucionales, cuando sufrimos alguna lesión de los mismos por parte del Estado, lo que perseguimos precisamente es una actividad estatal: la actividad jurisdiccional que nos proteja. ¿Y en qué sentido? en el sentido de remover, anular, eliminar jurídicamente el acto o hecho que nos agravia, o reparar sus consecuencias. Esto se funda en estimar que una determinada medida, o un acto, no puede vincularse a una actuación estatal enmarcada dentro de la juridicidad. En otras palabras: que el acto no debe ser imputado al Estado, ya que la actuación de éste se define, en un sistema de impe-

rio del derecho, en relación a su conformidad con los preceptos constitucionales y legales. Actos fuera de la competencia, sin la debida forma o bien sin la investidura legal previa deberían ser considerados, en definitiva, actuaciones antijurídicas de él o los particulares que ocupan en ese momento la titularidad del respectivo órgano público. Ahora bien, a la base de las normas que definen la juridicidad del actuar del Estado se encuentran precisamente los preceptos sobre derechos fundamentales. La misma *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789* ya anunciaba en su preámbulo esta función de los mismos: “a fin de que los actos del poder legislativo y aquellos del poder ejecutivo puedan ser comparados en todo momento con el fin de toda institución política”²⁰⁸, fin que, según el artículo 2º de la *Declaración*, no es otro que la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esta función de los derechos fundamentales como constitutiva de los criterios de actuación del poder estatal es lo que en la segunda mitad del siglo XX se ha venido a “descubrir” bajo la denominación de la función objetiva o jurídico-objetiva de los derechos fundamentales. De este modo, el derecho fundamental tiene su faz primaria en aportar un criterio normativo para apreciar la juridicidad del actuar del órgano estatal, y secundaria en poder exigir la eliminación o cesación de la actuación antijurídica, de acuerdo a dicho parámetro; pero no “el cumplimiento” o satisfacción del respectivo derecho como una “entidad” u “objeto” del cual es titular un individuo.

Esta segunda acepción de los derechos fundamentales (que en realidad es, históricamente, la primera en el constitucionalismo continental), como normas materiales de competencia, permite superar una dificultad que se presenta de manera persistente en las posturas que, tomando la parte por el todo, definen el concepto de derechos fundamentales en torno a la idea de derechos de defensa o abstención estatal. Esta dificultad consiste en la imposibilidad de conciliar conceptualmente los derechos individuales con una serie de principios que, en sí mismos, no pueden ser calificados precisamente como derechos (subjetivos) de defensa pero que, sin embargo, tienen para la posición del individuo en el sistema constitucional una tremenda importancia. Cuando se aprecia el contenido íntegro de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Asamblea Nacional, se ve que su eje gravita en torno a esta segunda acepción al incorporar, dentro de una declaración de estos derechos, una serie de principios de derecho público: principio de soberanía nacional, el contenido de la libertad como la facultad de hacer todo aquello que no daña a otros, la limitación, para la ley, de

²⁰⁸ “...a fin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique...”.

sólo poder prohibir las acciones nocivas para otros, la necesidad de la fuerza pública, constituida en beneficio de todos, y la obligación de contribuir a ella; la posibilidad de pedir a todo funcionario público que rinda cuentas de su administración, en fin, el principio básico de la división de poderes.

Esto tiene relevancia teórica y práctica. La relevancia teórica está dada en primera línea porque, aceptada que sea esta observación, los derechos constitucionales tienen siempre el carácter de normas materiales de competencia, normas para evaluar la legitimidad de la actividad estatal. La importancia práctica de esto se da en distintos campos. Por lo pronto, reconoce la función normativa directa de aquellas disposiciones denominadas, en Chile, “aspiraciones sociales constitucionalmente reconocidas”, las que hasta ahora se han estimado deben cumplirse “en la medida que al Estado le sea posible”, o sea, a las que se les atribuye el carácter de principios o programas, pero no de normas jurídicas. Según la tesis aquí presentada, la única diferencia con los demás derechos constitucionales radica en que estas disposiciones no pueden activarse por un titular “persona”, pero pueden siempre aplicarse como parámetro de la juridicidad de la actuación estatal –por ejemplo, en el control de la constitucionalidad de una ley–. Una segunda consecuencia radica en las posibilidades de intervención estatal. Los derechos constitucionales expresan el pensamiento ya presente en los orígenes del Constitucionalismo, de que no existe un fin estatal propio sino es la persona. Por otro lado, la organización misma del poder estatal se justifica, para los fundadores de la idea moderna de derechos fundamentales, en su función reguladora de las conductas personales y, por lo tanto, limitante de diversos ámbitos de libertad y derechos. Superar y dejar atrás el concepto de derechos constitucionales como derechos de defensa significa entonces lograr claridad para distinguir entre dos tipos de actuaciones estatales:

a) aquellas que vienen a consagrar una decisión política en relación a la forma como se coordinarán los distintos derechos y libertades, y en estos casos los derechos constitucionales no sólo no son deberes de abstención estatal, sino que ellos mismos justifican la intervención estatal, o señalan en qué casos ésta se encuentra justificada, en aras de protegerlos, y

b) aquellas en que no puede distinguirse, en la regulación de las libertades, el beneficio de otros individuos, o un interés general. En este último caso la actuación estatal carece de legitimidad. Esta consecuencia parece ser la más importante, cuando se compara con la postura dominante en la actualidad que ve, en los derechos, “valores”, y que consecuentemente quiere desplazar la construcción normativa desde la finalidad de fundar reglas, al objetivo de afirmar la existencia de meros principios.

3. Los derechos fundamentales como valores o principios. Crítica

La recepción al español de la calificación de los derechos fundamentales como valores, y su correlativo manejo, a nivel normativo, como principios, tiene un origen de hitos germánicos claramente visibles. El primer de ellos ha de ser, sin duda, la obra de Rudolf Smend *Verfassung und Verfassungsrecht*, de 1928²⁰⁹, en que destaca, dentro de las diversas funciones que puede cumplir una constitución, su función integradora en torno a ciertos valores. Estos valores se expresarían en primera línea en los derechos fundamentales recogidos por el texto constitucional de la República de Weimar. Tras la Segunda Guerra Mundial, y siguiendo un movimiento generalizado en la filosofía jurídica alemana, marcado por la reacción frente a los horrores del nazismo, el Tribunal Constitucional Federal alemán recogerá, en el fallo Lüth, la idea de un “orden objetivo de valores” plasmado en los derechos fundamentales que encabezan la *Ley Fundamental de Bonn* (vid. infra § 49). Esta calificación, innecesaria a nivel constitucional, se utiliza para dar entrada a los valores al resto del ordenamiento jurídico que resulta de este modo “irradiado” por los derechos fundamentales, y dará lugar al tópico del efecto horizontal de estos derechos, que se trata más adelante. Como tercer hito se encuentra la obra de Alexy²¹⁰ cuya pronta traducción al castellano –no así la de la discusión y crítica de su obra en la propia Alemania–, unida a su contundente entidad, facilitó su rápida y muchas veces acrítica adopción en medios hispanoparlantes. Al menos, con seguridad, en Chile. El aspecto más importante del trabajo de Alexy en este punto es su teoría de la norma jurídica, que condiciona a su vez su enfoque respecto de los derechos fundamentales²¹¹. Los derechos fundamentales expresarían valores²¹², señala, y la faz deóntica de los valores serían los principios, a los que reconoce el carácter de normas. Con ello, los derechos fundamentales pueden considerarse como entidades de valor y, en el plano normativo, como mandatos “prima facie” o “mandatos de optimización”.

Este concepto amerita crítica. Entendidos como valores en el plano ontológico, y como mandatos de optimización en el plano normativo, los derechos fundamentales sufren un menoscabo sensible en su función normativa. Ello porque si son algo “valioso”, no sólo son definitorios de las competencias públicas, sino

²⁰⁹ SMEND (1968).

²¹⁰ ALEXY (1993).

²¹¹ En especial ver ALEXY (1993), pp. 81 y ss.

²¹² ALEXY (1993), pp. 138 y ss.

también deben ser respetados por los particulares, lo que conlleva, en palabras de Forsthoff, la amenaza al contenido de libertad de los derechos fundamentales²¹³. Y si se consideran como mandatos de optimización, el intérprete queda liberado del imperativo de fundamentar en ellos un deber de comportamiento específico, y gana a cambio la habilitación para elegir –según criterios que, en este esquema, no vienen dados por los propios derechos fundamentales– la forma y criterios a través de los cuales logrará la “optimización” de unos derechos respecto de otros. Esto siempre implica una decisión respecto de a cuál derecho se le da mas importancia en caso de colisión, lo que conduce a las denominadas “tesis prelacionistas” o de jerarquía de los derechos constitucionales, o bien al método de ponderación²¹⁴ lo que, como se explicará mas adelante, conduce siempre a un callejón sin salida o, mejor: a un callejón cuya única salida es la entrega de la decisión a una valoración judicial subjetiva sin criterios intersubjetivos que permitan su control.

Frente a esto, en la tesis que sostiene la función de los derechos como normas materiales de competencia, la regulación de los distintos derechos entre sí queda entregada al poder legislativo, y aquí la constitución determina los límites jurídicos de esa regulación, pero no su contenido. Esto es más concordante con lo expresado arriba en relación a quiénes son los llamados a decidir, en cada momento histórico, cuál es la fórmula concreta en que la libertad de un individuo se coordina con la de los demás, o sea, los llamados a decidir cuáles valores se privilegian y cuáles no: los representantes del pueblo a través de la ley²¹⁵.

§ 35. IMPORTANCIA DEL ENFOQUE TEÓRICO PARA LA INTERPRETACIÓN: EL CASO EN LA DOCTRINA ALEMANA

La importancia práctica del método empleado para la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales, a partir de unas determinadas teorías de la interpretación y de la constitución puede demostrarse examinando el desarrollo de estas teorías en el derecho alemán. Aquí es posible encontrar diferentes enfoques teóricos para la construcción dogmática de los derechos fundamentales.

²¹³ FORSTHOFF (1975) pp. 249 y ss., en especial, p. 262.

²¹⁴ La opción de propio ALEXI (1993) pp. 90 y ss., y (2002), pp. 23 y ss.

²¹⁵ Como una reflexión anexa, cabe preguntarse si el alejamiento de la ciudadanía de la política en muchos países que han introducido una jurisdicción constitucional sobre derechos fundamentales no puede explicarse, al menos en parte, por el hecho de que la cuestión política ha salido de su campo de influencia electoral, por haberse desplazado desde el parlamento a los respectivos tribunales constitucionales quienes asumen la última palabra en las decisiones sobre los valores de la sociedad. La movilización electoral y ciudadana en general pierde valor si sus resultados podrán luego ser superados por una decisión judicial, idealmente no influenciada por la opinión pública.

Estas diferencias pueden explicarse a partir de variadas posturas teórico constitucionales sobre el concepto y la función de los derechos fundamentales, ya que no sobre diferencias en torno a la teoría de la interpretación jurídica, cuya revisión se ha dado en un momento posterior a la evolución de estas teorías. Es así como E.-W. Böckenförde ha distinguido una teoría liberal (del Estado de Derecho Liberal o Burgués) de los derechos fundamentales, una teoría institucional, una teoría de los derechos fundamentales como valores, una teoría democrático funcional, y la teoría del Estado Social de los derechos fundamentales²¹⁶.

a) Para la teoría liberal de los derechos fundamentales²¹⁷, éstos son derechos de libertad del individuo frente al Estado, de acuerdo al principio de distribución propio del Estado de Derecho, en virtud del cual la libertad del individuo es previa al Estado, e ilimitada, y se enfrenta a un conjunto de competencias estatales limitadas. Las posibilidades del Estado de intervenir en la libertad individual se restringen al objetivo de satisfacer las tareas estatales de seguridad, regulación y garantía de la libertad. El Estado debe crear las condiciones e instituciones para garantizar y para hacer compatible la libertad de uno con la libertad de otros, en condiciones variables, mediante delimitaciones jurídicas; pero la sustancia de la libertad, y con ello la determinación del modo en que ella es ejercida, queda al margen de las competencias estatales. En esta medida, los derechos fundamentales son normas de distribución de competencias entre los individuos y el Estado. Las consecuencias de esta postura para la interpretación de los derechos fundamentales son múltiples, según Böckenförde. En primer lugar, la libertad es libertad “a secas”, sin que pueda ser jurídicamente vinculada a objetivos determinados, o alguno de ellos privilegiado respecto de otros (por ejemplo, no se justifica en esta teoría un especial reforzamiento de la libertad de expresión cuando ella persigue contribuir a la formación de la opinión pública). Segundo, la sustancia de la respectiva libertad es anterior a las posibilidades de intervención o limitación previstas por la constitución, lo que lleva a examinar cualquier intervención, incluso la legislativa, bajo el requisito del principio de proporcionalidad en sentido amplio; y, en particular, aplicable como forma de acotar la discrecionalidad administrativa en los casos en que se vean afectados derechos fundamentales. Tercero, las instituciones o institutos jurídicos asociados a un derecho fundamental son solamente elementos conexos para asegurar la protección de la libertad general, jurídicamente no definida; esto, a diferencia de lo que sucede en el caso de la teoría institucional de los derechos fundamentales. Cuarto, no existe para el Esta-

²¹⁶ BÖCKENFÖRDE (1993a). En Chile, menciona estos enfoques NOGUEIRA ALCALA (1997), pp. 156 y 157.

²¹⁷ BÖCKENFÖRDE (1993a), pp. 48 a 52.

do ningún deber de garantía para la “realización” o concreción de la libertad fundamental: ella queda entregada a la iniciativa de los individuos. Así, por ejemplo, no existe para el Estado ningún deber de velar por la pluralidad de medios de prensa, ni de financiar establecimientos de enseñanza privados, o garantizar plazas de estudio o de capacitación.

La crítica que expresa Böckenförde a esta teoría apunta precisamente a este último aspecto. Según él, la teoría liberal de los derechos fundamentales presenta una evidente ceguera respecto de las condiciones sociales para la realización de la libertad fundamental, y omite toda consideración respecto de las relaciones de poder social constituidas al alero de esta concepción de los derechos fundamentales, que a partir de la libertad desarrollada por algunos puede implicar la imposibilidad del ejercicio de la de muchos otros.

b) Según la teoría institucional de los derechos fundamentales²¹⁸, éstos no tienen en primera línea el carácter de derechos de defensa del individuo frente al Estado a favor de un ámbito de libertad individual o social, sino que revisten el carácter de principios reguladores de las distintas dimensiones de la existencia individual protegidos por ellos. Se desarrollan y concretan en reglas normativas de tipo institucional, sustentadas en una concepción ordenadora del respectivo derecho fundamental. Dentro de la realidad se destacan determinadas condiciones de vida que el respectivo derecho fundamental acoge, otorgándoles relevancia jurídica. Este enfoque no se aplica a las denominadas garantías institucionales, o de instituto (de las cuales debe distinguirse claramente), sino que precisamente a los derechos de libertad. La libertad misma pasa a ser un instituto, una libertad objetivada, ya configurada normativamente. Las consecuencias para la interpretación de los derechos fundamentales son profundas. La intervención legislativa en el ámbito de los derechos no se ve como una limitación del respectivo derecho, sino como una forma de hacer posible la libertad. Esto permite la regulación legislativa incluso en casos en que la constitución no contempla preceptos habilitantes de limitaciones legislativas. Así, a partir de un precepto que simplemente consagra la libertad de prensa, se admiten leyes reguladoras de esa libertad destinadas, por ejemplo, a limitar la concentración de la propiedad de los medios de prensa. La libertad ya no es más una libertad “a secas”, sino que una libertad con determinados fines, una libertad “para algo”, a saber, para los fines institucionales-objetivos de la respectiva garantía. Del mismo modo, se derivan de los respectivos institutos de libertad consecuencias específicas, como el derecho del periodista a mantener en secreto a sus informantes, que no se entiende sólo como un elemen-

to conexo para asegurar la protección de la libertad de prensa, sino que comprendido en el contenido mismo del derecho fundamental a la libertad de prensa.

c) Según la teoría de los derechos fundamentales como valores²¹⁹ (o teoría axiológica de los derechos fundamentales²²⁰), éstos constituyen el eje de un sistema de integración²²¹, y adquieren así el carácter de normas objetivas, cuyo contenido está dado por el patrimonio valórico de la comunidad y por una decisión sobre los valores que la comunidad asume como constitutivos de su orden político. Los derechos fundamentales son, por tanto, derechos para la realización de los respectivos valores, en un orden previsto por la propia Constitución. Las consecuencias son similares a las de la teoría institucional de los derechos fundamentales, agregando en este caso que el método incorpora una permanente referencia a la ponderación de los valores y/o su inserción dentro de una jerarquía. Expresa aquí Böckenförde que el gran problema planteado por esta corriente es la inexistencia de un método que permita fundar racionalmente un orden de valores ni una jerarquía entre ellos.

d) La teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales parte de la base de la función pública y política que ellos cumplen, en particular como elementos constitutivos de un proceso democrático libre. Aparecen en un primer plano, por tanto, aquellos derechos relacionados directamente con el sistema democrático, como la libertad de expresión, libertad de prensa, derecho de asociación y libertad de reunión, etc. Según este enfoque, la protección de espacios de libertad tiene primariamente el objetivo de permitir la libre formación de la voluntad política colectiva. El enunciado nuclear de esta visión de los derechos fundamentales se encuentra en una sentencia del Tribunal Administrativo Federal citada por Böckenförde: “*Los derechos fundamentales no se le reconocen al ciudadano para su libre disposición, sino que en su calidad de miembro de la comunidad, y en esta medida, también en razón del interés público*”²²². Este enfoque presenta consecuencias que en parte se acercan a la teoría institucional, y a la de los derechos fundamentales como valores: la libertad no es una libertad a secas, sino una libertad para la construcción del sistema democrático. En consecuencia, mientras que pueden admitirse restricciones a la libertad de expresión en aras de la protección de los particulares, ellas son inadmisibles cuando pudiesen obstaculizar los procesos políticos de la democracia; la libertad de reunión con fines políticos debe

²¹⁸ BÖCKENFÖRDE (1993a), pp. 53 a 57.

²¹⁹ En el original en alemán “*Werttheorie der Grundrechte*”.

²²⁰ BÖCKENFÖRDE (1993a), pp. 57 a 60.

²²¹ A partir de la obra de SMEND (1968) ya citada.

²²² Una traducción similar del original en alemán en BÖCKENFÖRDE (1993a), p. 61.

gozar de una más amplia protección y ausencia de restricciones que aquella destinada a otros fines; en general, el ejercicio de la libertad con fines públicos, de participación en el proceso político, adquiere una preferencia sobre el ejercicio de la libertad con fines privados²²³.

e) Por último, la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social tiene como punto de partida una crítica a las consecuencias de la teoría liberal de los derechos fundamentales, y la constatación de la sustitución del ámbito de espacio vital de autonomía²²⁴ individual por un espacio vital de carácter social producto de relaciones y prestaciones sociales²²⁵. Desde esta perspectiva se aprecia que para un número cada vez mayor de personas no están dadas las condiciones sociales necesarias para el ejercicio de la libertad individual. La garantía jurídica de la libertad no llega a expresarse en una protección efectiva de la libertad. Para la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social, lo anterior implica un cambio en el carácter de los mismos, que dejan de tener la naturaleza negativa y limitadora de la teoría liberal, y pasan a tener el carácter de pretensiones sociales dirigidas al Estado²²⁶. De este modo, y en vistas a satisfacer la garantía del respectivo derecho fundamental, el Estado queda obligado a asegurar las condiciones sociales que permitan la realización de la respectiva libertad. En otras palabras, el Estado asume una posición de garante de transformar la libertad prometida por el orden fundamental, en efectiva realidad constitucional²²⁷. Así, por ejemplo, para la libertad de prensa, la concepción de los derechos fundamentales del Estado Social implica la garantía estatal de las condiciones económicas que permitan la existencia de una pluralidad de medios; para la libertad de enseñanza privada, conlleva el deber de subvención estatal a colegios privados, etc. Las consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales son importantes. Por lo pronto, la garantía efectiva de los derechos se hace dependiente de los recursos económicos existentes a disposición del Estado. Con ello, se abandona la idea de que las pretensiones de derechos fundamentales son incondicionales. Correlativamente, en tiempos de escasez de recursos económicos, las cuestiones sobre la asignación de dichos recursos dejan de ser una cuestión de discrecionalidad

²²³ BÖCKENFÖRDE (1993a), pp. 61, 62.

²²⁴ "Autarquía", en la terminología que usa Böckenförde y que es conservada en la traducción al español en BÖCKENFÖRDE (1993a), p. 63.

²²⁵ BÖCKENFÖRDE (1993a), pp. 63 y ss.

²²⁶ Incluso las libertades clásicas; la teoría del Estado social de los derechos fundamentales no se identifica con los derechos económicos y sociales ni se reduce a ellos.

²²⁷ BÖCKENFÖRDE (1993a), p. 64.

política y se desplazan al ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales, en términos de concurrencia y conflicto entre los derechos. Con ello se produce también un desplazamiento importante del centro de decisión, ya que la competencia de última instancia para decidir prioridades no se radica más en las potestades presupuestarias del parlamento, sino en la jurisdicción constitucional²²⁸. Lo anterior deja abierta la pregunta del cartabón de garantía que implican los derechos interpretados en el sentido del Estado Social. ¿Se trata de un mínimo, del máximo posible, de una medida intermedia de garantía? La imposibilidad de resolver esta cuestión lleva a considerar a los preceptos iusfundamentales como encargos o cometidos estatales, como normas de principio con carácter objetivo pero que, en esta interpretación, no otorgan derechos a los particulares para reclamar su cumplimiento, salvo el caso extremo de absoluta inactividad estatal. De este modo se llega al paradójico resultado de que el propósito de la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social, de ampliar y mejorar la protección de los derechos fundamentales, produce como consecuencia final su reducción a meros encargos o cometidos constitucionales. O sea, lleva a un empobrecimiento del estándar de protección.

Como puede observarse del caso alemán, el enfoque sobre el concepto y la función de los derechos fundamentales, que a su vez depende de la respectiva teoría constitucional en la cual se inserta, conduce a importantes diferencias prácticas en la interpretación y tratamiento de estos derechos a nivel positivo.

§ 36. MÉTODO E INTERPRETACIÓN EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Derechos fundamentales y constitución; derechos humanos y tratados*

En concordancia con el estudio del concepto y función de los derechos fundamentales constitucionales, debe señalarse que los elementos del método descrito precedentemente para el manejo de estos derechos difieren en aspectos esenciales de aquellos que inciden en el tratamiento de los derechos humanos recogidos en tratados internacionales. Por regla general los primeros registran el desarrollo y los pasos del proceso político de la respectiva comunidad, y sus consensos acerca de la base de legitimidad jurídica del ejercicio de la autoridad. Expresan, de esta forma, una individualidad propia, la de la correspondiente e incommunicable historia política plasmada en la constitución y su desarrollo posterior. Y comparten, en cuanto derechos constitucionales, la función de la constitución como base del

²²⁸ BÖCKENFÖRDE (1993a), p. 65.

orden político fundamental del Estado, bajo el cual se encuentran los tribunales encargados de ejercer la respectiva jurisdicción y permitir la continuidad y desarrollo de dicho orden político, como una unidad.

Los derechos consagrados en tratados internacionales, por el contrario, representan una suerte de estándar que la comunidad internacional –o la de los respectivos Estados partes– acuerda imponer a los Estados, como obligaciones para los mismos, expresando de este modo, no las particularidades de cada sistema, sino los elementos compartidos, comunes, del *ethos* jurídico internacional imperante. Los tribunales internacionales de las respectivas jurisdicciones no juzgan en virtud de un poder superior, como los tribunales nacionales, sino que en virtud de una jurisdicción constituida por los Estados partes, lo que los vincula de una manera más directa a aquellas específicas disposiciones en que los Estados han convenido²²⁹. Muchas veces se olvida, en la discusión sobre la incorporación al sistema constitucional de los preceptos internacionales sobre derechos humanos, que no cabe al respecto una respuesta superficial sin apreciar que entre ambos tipos de preceptos –los constitucionales y los de tratados internacionales– reposa también la distinción entre identidad estatal-nacional-constitucional y comunidad regional/universal internacional²³⁰. Se puede asumir una posición que valore positiva o negativamente esta distinción, pero no se puede pasar por alto. Precisamente sobre la base de una progresiva fusión entre las categorías constitucionales e internacionales relativas a los derechos fundamentales (o humanos) se pueden apreciar dos modelos: el del Estado Constitucional dentro de una comunidad internacional, y el de una entidad política que disuelve su identidad constitucional en un proceso de integración hacia una entidad mayor (sin que tenga que discutirse en este proceso, necesariamente, la cuestión de la soberanía estatal). Esto, me parece, puede llegar a suceder con los países europeos en el contexto de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, como lo muestra la evolución del sistema de protección que ella establece, cuando comienza a ser calificada como un verdadero “instrumento constitucional del orden público” regional²³¹.

²²⁹ En el mismo sentido, SCHEUNER (1981), p. 903.

²³⁰ Otra cosa que también se olvida es que, aun cuando un tratado tenga que ser incorporado al ordenamiento jurídico interno por un acto del respectivo órgano representativo, su discusión y configuración no queda entregada al debate y voluntad democrática, sino a la actuación del poder ejecutivo en un foro usualmente alejado del debate público hasta el momento en que el respectivo texto ya ha sido, al menos, firmado. Esta supresión del principio democrático debiese al menos ser objeto de reflexión por aquellos que postulan la necesidad de regular una incorporación inmediata de los tratados internacionales sobre derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional.

²³¹ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Loizidou vs. Turquía*, fallo sobre Excepciones Preliminares de 23.03.1995. Respecto de las reservas turcas *ratione loci* y *ratione materiae*, expresa la sentencia de

2. Evolución de los principios de interpretación de tratados sobre derechos humanos

La aproximación al manejo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por parte de las jurisdicciones de los respectivos sistemas de protección, ha enfrentado a dos posiciones en materia de interpretación. Por un lado están quienes sostienen que los tratados de esta naturaleza conservan su carácter de tratados, aun cuando se les reconozca un carácter constitutivo²³², y por tanto les siguen siendo aplicables las reglas de interpretación de los tratados internacionales. Estas reglas se interpretaron en el pasado en el contexto de un principio general, en virtud del cual “*las obligaciones internacionales se interpretan restrictivamente porque implican una derogación a la soberanía de los Estados*”²³³. Esta fue la posición sostenida, entre otros, por Gerald Fitzmaurice, integrante de la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes votos particulares²³⁴. Fitzmaurice señalaba que el carácter de tratado internacional de la *Convención Europea sobre Derechos Humanos* debía tenerse siempre a la vista al momento de su interpretación, de tal forma de no exceder el consenso de los Estados partes. La posición contraria, que fue la práctica de la Comisión, mientras existió, y fue y es la de la mayoría de los integrantes de la Corte, es la de rechazar el alegato de soberanía estatal como elemento restrictivo en la interpretación de los tratados, a fin de

Continuación nota ²³¹

la Corte: 75. “(...) Si, comme le prétend le gouvernement défendeur, ces dispositions permettaient des restrictions territoriales ou sur le contenu de l'acceptation, les Parties contractantes seraient libres de souscrire à des régimes distincts de mise en œuvre des obligations conventionnelles selon l'étendue de leurs acceptations. Un tel système, qui permettrait aux États de rompre leur consentement par le jeu de clauses facultatives, affaiblirait gravement le rôle de la Commission et de la Cour dans l'exercice de leurs fonctions, mais amoindrirait aussi l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen” (“ (...) si, como pretende la defensa, estas disposiciones permitiesen restricciones territoriales, o sobre el contenido de la aceptación, las partes contratantes serían libres de suscribir regímenes distintos de aplicación de las obligaciones convencionales según la extensión de su aceptación. Un sistema de este tipo, que permitiese a los Estados moderar su consentimiento por el juego de cláusulas facultativas, debilitaría gravemente el rol de la Comisión y de la Corte en el ejercicio de sus funciones, y disminuiría igualmente la eficacia de la Convención en cuanto instrumento constitucional del orden público europeo”) SUDRE (2003), p. 9.

²³² La doctrina en materia de interpretación de tratados internacionales destaca, por regla general, el valor de la voluntad de los estados partes en la interpretación de los tratados. Sin embargo, en aquellos creadores de regulaciones jurídicas generales (tratados normativos), o de organizaciones, este elemento cede en beneficio de una interpretación a favor del objeto y fin (“*objet et but*”) del tratado. Cfr. DE VISSCHER (1963), pp. 135 y ss.

²³³ CANÇADO TRINDADE (2001), pp. 20-21.

²³⁴ Por ejemplo, voto particular en el caso *Golder*, sentencia del 21.02.1975, §§ 37-39, citado por SCHEUNER (1981), p. 902.

asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios. De este modo, sin renunciar a las reglas tradicionales de la interpretación de los tratados, existe la posibilidad de flexibilizarlas en favor de un desarrollo progresivo de las disposiciones de la *Convención*, de acuerdo con su objeto, idea expresada claramente en el caso *Wemhoff contra República Federal de Alemania*, de 1968: “En el caso de un tratado normativo...hay lugar para buscar aquella interpretación más adecuada a alcanzar el fin y realizar el objeto del tratado, y no aquella que atribuya una comprensión más limitada a las obligaciones de las partes”²³⁵.

Siguiendo esta orientación, la jurisprudencia de la Corte se ha desarrollado en el sentido de afirmar, junto con la vigencia de las reglas de interpretación de carácter general, consagradas en las *Convenciones de Viena sobre Derecho de los tratados* (1969, 1986), ciertos rasgos particulares de la interpretación de estos tratados²³⁶. Según aquellas reglas generales, los tratados deben ser interpretados de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que se atribuya a sus términos y al contexto de éstos, y teniendo en cuenta su objeto y propósito²³⁷. En caso de duda (sentido ambiguo u oscuro, o resultado manifiestamente irrazonable de la interpretación), puede recurrirse a los trabajos preparatorios para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación²³⁸. Adicionalmente, subyace a la regla contenida en el artículo 33 (1) de las dos convenciones el principio *ut res magis valeat quam pereat*, que corresponde al denominado principio de *effet utile* (o de la efectividad), que prescribe que cuando el tratado tenga dos interpretaciones y una de ellas permita que el tratado tenga efectos apropiados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado exigen que se adopte la primera interpretación. En términos generales, se enuncia señalando que este principio persigue asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios.

Aquí entronca el desarrollo de las reglas particulares de la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos. El carácter de estos tratados, que establecen obligaciones de carácter esencialmente objetivo, a ser garantizadas colectivamente, pone su énfasis en una noción de interés colectivo o general que recientemente ha evolucionado hacia la referencia a un verdadero *ordre public* que tras-

ciende los intereses individuales de las partes contratantes²³⁹. De este modo se adopta una interpretación teleológica, con énfasis en la realización del objeto y fin de los tratados²⁴⁰.

En estrecha relación con lo anterior ha surgido una categoría propia de la interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cual es la noción de autonomía de los conceptos convencionales, autonomía que se predica respecto de los mismos o equivalentes conceptos existentes en el derecho interno de los sistemas jurídicos nacionales²⁴¹. Aunque se reconoce un margen de apreciación al Estado en la forma de dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales moduladas por cláusulas abiertas²⁴², queda sometido a la determinación europea de los estándares normativos bajo los que será evaluado.

En definitiva, se puede intentar una síntesis de las particularidades de la interpretación desarrollada bajo la vigencia de la *Convención*:

a) en el marco de las reglas tradicionales de la interpretación de los tratados (en especial, voluntad de las partes expresada en los trabajos preparatorios) se afirma la posibilidad de una interpretación extensiva que persigue salvaguardar el objeto y fin del tratado, esto es, su carácter protectivo, y ello de acuerdo con la evolución de los respectivos principios al interior de los Estados miembros²⁴³;

²³⁹ CANÇADO TRINDADE (2001), p. 22.

²⁴⁰ CANÇADO TRINDADE (2001), p. 25

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Sobre el margen de apreciación se puede consultar MATSCHER (1993), GANSHOF VAN DER MEERSCH (1988), MACDONALD (1993). Explicando el el margen de apreciación, Matscher escribe “*The legal foundation for the doctrine of the margin of appreciation is derived from public law, where a distinction is made with reference to review by administrative courts (although these are differently arranged in the various systems) between the review of administrative decisions which have interpreted undefined terms of law and decisions which have been taken in the exercise of a discretion allowed by law. In the former case there is full control by the administrative courts, whereas in the latter case all that is reviewed is whether the extent of the discretion has been exceeded and whether the discretion has been exercised in a manner conforming with the law. The European Convention does not expressly allow the State any discretion in relation to the protection of the rights guaranteed by the Convention. It merely defines the extent of these rights, the conditions attached to their enjoyment and the admissibility of limitations by the State, using general, undefined terms ('normal civic obligations' in Article 4 § 3 (d); 'private and family life' in Article 8 § 1; 'protection of reputation', 'protection of morals' in the second paragraphs of Articles 8 to 11; 'necessary in a democratic society', also in the second paragraphs of Articles 8 to 11; and so forth). We are therefore in reality in the territory of the first hypothesis, that is to say, the interpretation of undefined terms of law; this territory ought therefore to be subject to a complete review by the Convention institutions.*” MATSCHER (1993), p. 76.

²⁴³ Caso *Tyler*, sentencia de 25.04.1978, § 31 “...the Convention is a living instrument which...must be interpreted in the light of present day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the members states of the Council of Europe in this field”. Cita en SCHEUNER (1981), p. 916.

²³⁵ “S’agissant d’un traité normatif, il y a lieu d’autre part de rechercher qu’elle est l’interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l’objet de ce traité en non celle qui donnerait l’étendue la plus limitée aux engagements des Parties”. Sentencia de 27.06.1968, § 8, citada por SCHEUNER (1981), p. 908.

²³⁶ Tendencia que se observa también en la práctica de la interpretación de otros tratados sobre derechos humanos, en las distintas instancias creadas por esos mismos tratados para su protección.

²³⁷ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

²³⁸ Artículo 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

b) se afirma el carácter subsidiario de la protección europea frente a la protección de cada uno de los Estados²⁴⁴, idea vinculada al reconocimiento de un cierto margen de apreciación reconocido a los Estados (en especial a sus competencias legislativas) en el ámbito de los conceptos más abiertos (o indeterminados) de la *Convención*;

c) sin perjuicio de este carácter subsidiario, se postula que con la *Convención* se busca el desarrollo de un marco común de protección de los derechos humanos para los países del Consejo de Europa, a partir de una interpretación autónoma, que si bien utiliza elementos de comparatística, no se agota en una suerte de nivelación hacia un estándar mínimo compatible con la regulación de cada país. De acuerdo a esto, el sentimiento jurídico predominante en el ámbito de la *Convención* puede ser aplicado en contra de la opinión aislada de algún Estado²⁴⁵.

Este desarrollo europeo se ubica, a su vez, en el contexto de un fenómeno de convergencia jurisprudencial en materia de interpretación de los tratados de derechos humanos por parte de las diferentes instancias a las cuales se encomienda su protección, convergencia que se apoya fundamentalmente en la identidad de propósito de los instrumentos de protección²⁴⁶. Cançado cita aquí, en el ámbito regional, los casos *Wemhoff* (1968), *Lingüístico Belga* (1968) y *Marckx vs. Bélgica* (1979), en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos; y las opiniones consultivas sobre *Restricciones a la Pena de Muerte* (1983), *Otros tratados sujetos a la jurisdicción consultiva de la Corte* (1982) y *Efecto de reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana* (1982) en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el sistema universal del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* menciona particularmente el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos en el caso *G.C. Van Duzen vs. Canadá*, señalando que dicho comité ponderó que “a pesar de que los términos del Pacto derivan de tradiciones jurídicas seculares en el interior de muchas naciones, deben, sin embargo, ser interpretados como ‘teniendo un sentido autónomo’” y expresó, en sus conclusiones de 1982, que la interpretación y aplicación del Pacto deben basarse “en el principio de que los términos y conceptos del Pacto son independientes de cualquier sistema jurídico nacional en particular y de todas las definiciones de diccionario”²⁴⁷.

3. Reglas convencionales de interpretación

Por su parte, las convenciones sobre derechos humanos contienen directivas específicas para su interpretación. Así, el artículo 29 [b] de la *Convención Americana* prohíbe toda interpretación que limite el ejercicio de los derechos reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes u otra convención de la cual sea parte uno de los referidos Estados; el artículo 29 [d] prohíbe una interpretación que excluya o limite el efecto que pueda producir la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y otros actos internacionales de la misma naturaleza; la regla del 29 [c] y [d] contienen las reglas de no exclusión, en virtud de las cuales no se puede otorgar a ninguna disposición de la misma el efecto de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, ni el efecto que puedan producir la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La conjunción de estas reglas vuelve a hacer presente la idea de una interpretación teleológica que asegure el grado máximo de protección a los derechos consagrados a nivel convencional, la que se refuerza a través del fenómeno de interacción interpretativa de los tratados e instrumentos de protección, que consiste en que las disposiciones de un tratado son utilizadas como orientación para la interpretación de otros tratados sobre derechos humanos, lo que ha contribuido al carácter universal hacia el cual se dirige el derecho convencional de protección a los derechos humanos²⁴⁸. De esta manera se comprende la idea de quienes expresan que existe una “interpretación uniforme” del derecho internacional de los derechos humanos, donde rige, como regla de oro, que ante la multiplicidad de instrumentos de protección, se aplique siempre la norma más favorable al afectado o supuesta víctima de una lesión a sus derechos.

4. Problemas del sistema de fuentes

Con independencia de cuál sea la línea interpretativa que siga la Corte Americana de Derechos Humanos y los órganos del sistema universal de protección de los derechos humanos, queda planteado el problema de cómo articular de manera armónica el tratamiento de los preceptos de dichos tratados con las disposiciones previstas en el orden interno (por ejemplo, en el caso chileno, con las disposiciones sobre deber de respeto y protección del artículo 5º i.II de nuestra Constitución), en especial en aquellos casos en que la falta de coincidencia con un pre-

²⁴⁴ Caso *Handyside*, sentencia de 7.12.1976, § 8.

²⁴⁵ Caso *Marckx*, sentencia de 13.06.1979 §§ 29-35, citado por SCHEUNER (1981), p. 923.

²⁴⁶ CANÇADO TRINDADE (2001), p. 28.

²⁴⁷ Citado por CANÇADO TRINDADE (2001), p. 29.

²⁴⁸ CANÇADO TRINDADE (2001), p. 35.

cepto constitucional obligue a practicar una síntesis entre el método propuesto para iniciar el análisis de la disposición constitucional, y el método que se elija para el manejo, a nivel interno, de las disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos²⁴⁹. Esta cuestión se plantea cualquiera sea la postura que se asuma sobre la ubicación de los tratados internacionales en el sistema de fuentes, ya que es previa a la integración de las normas en dicho sistema; se remite exclusivamente a la pregunta sobre los criterios para la elección y conciliación de los métodos interpretativos que, como se ha dicho, responden a orígenes y funciones radicalmente distintos. En este ámbito surgen dos problemas que deben ser diferenciados: en primer lugar, la cuestión relativa a si la jurisprudencia de los órganos internacionales, en materia de derechos humanos, es vinculante para los órganos nacionales al momento de interpretar las respectivas libertades y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico interno; en segundo lugar, la cuestión de en qué medida los órganos nacionales quedan vinculados, al momento de interpretar los instrumentos internacionales, por la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos. La doctrina del seguimiento nacional de la jurisprudencia emanada de órganos supranacionales, sin entrar a analizar los problemas expuestos en este acápite, responde afirmativamente a ambas²⁵⁰.

Un último punto a mencionar aquí es la relación de especialidad que se puede plantear entre estas distintas fuentes. Tanto en la relación de la constitución hacia los tratados, como a la inversa, puede llegar a encontrarse la consagración de derechos que, respecto de la otra fuente, aparecen como generales. En estos casos, la idea o estándar de mejor protección contemplada en los tratados es inaplicable, en cuanto los ámbitos de protección de las disposiciones más específicas no se reducirán a cuestiones de mayor protección, sino de un contenido diferenciado, respecto de las disposiciones generales²⁵¹.

²⁴⁹ La propuesta de Nogueira me parece que simplifica en extremo el problema y por lo mismo no aporta criterios para su solución. Señala este autor "Todas las normas sobre derechos fundamentales contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales... con las claves hermenéuticas del Derecho de los Derechos Humanos (sic) y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", NOGUEIRA ALCALÁ (2007) p. 40. Justamente, la cuestión que puede plantearse es el cómo de esta interpretación armónica.

²⁵⁰ Ver al respecto NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 59.

²⁵¹ En el mismo lugar, Nogueira sostiene que el derecho internacional de los derechos humanos es fuente del derecho interno "...cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno (sic), cuando agregan un "plus" al contenido de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa" Ahora bien, la pregunta básica aquí es cuándo, y bajo qué criterios, puede estimarse que hay un "plus" de protección, y por qué debiese aceptarse que el sistema de fuentes habilita al operador jurídico

Las cuestiones anteriores llevan a reflexionar acerca de la propuesta teórica de identificar, en el ámbito de los derechos fundamentales, un subsistema dentro del sistema de fuentes²⁵², con rasgos propios, cuyo desarrollo permita, en especial, coordinar las dificultades de articulación entre las fuentes de los derechos humanos (derecho internacional público), las de derechos fundamentales constitucionales, las de referencias legales a derechos fundamentales, y las de (eventuales) otros derechos fundamentales.

Continuación nota ²⁵¹

para prescindir de aquellas disposiciones que estima son un "minus" para los derechos, a la vista del hecho que para obligarse por un instrumento convencional el Estado lo ha considerado en su integridad.

²⁵² Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ (1999) pp. 471 y ss., con referencias a L. Martín Retortillo e I. de Otto y Pardo.

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 37. EL PRECEPTO IUSFUNDAMENTAL

Al iniciar la tarea de construcción normativa respecto de los derechos fundamentales constitucionales es importante hacer una precisión respecto de dos ideas. La primera de ellas se refiere al material sobre el cuál recaerá el trabajo dogmático, esto es, aquella parte del documento constitucional a la cual se atribuirá el sentido normativo de la respectiva protección del derecho fundamental. A esta parte se denominará aquí el precepto iusfundamental. La idea de precepto iusfundamental es comprensiva de todos los elementos normativos presentes en un texto constitucional y que son relevantes para la construcción de la respectiva norma de derecho fundamental. De esta forma, cuando se habla de un precepto iusfundamental, no se habla exclusivamente del enunciado del respectivo derecho, libertad o igualdad en el texto constitucional, sino que se incluyen también las disposiciones que establecen sus límites y las posibilidades de afectación del respectivo derecho. De acuerdo con la noción sobre función y concepto de los derechos fundamentales, ésta es la forma de conciliar, en el manejo del texto constitucional, la función de protección subjetiva que cumplen los derechos fundamentales constitucionales, con su carácter de normas destinadas a evaluar la legitimidad del ejercicio del poder estatal que, en su caso, habilitarán la actuación del Estado sobre esos derechos. (La misma afirmación vale, *mutatis mutandi*, para el manejo de las disposiciones sobre derechos humanos en los instrumentos internacionales, con especial énfasis en su distinta función y objeto, según se ha escrito en § 36.1).

Articular el trabajo dogmático sobre la categoría de precepto iusfundamental reviste especial importancia tanto al interior del texto constitucional, como en su relación con los tratados internacionales. Al interior del texto constitucional constituye la etapa previa al trabajo sobre la tipicidad iusfundamental (cfr. infra § 38). Así, por ejemplo, resulta un problema por resolver si la libertad de creación y difusión artística queda absolutamente exenta de responsabilidades ulteriores, y

eventualmente puede ser sometida a un régimen de censura previa, debido a su ubicación en el artículo 19 N° 25, completamente separada del artículo 19 N° 12, o si bien puede construirse su carácter como parte de la libertad de expresión e incorporarla, por esa vía, al esquema fundamental del artículo 19 N° 12 i. I (ausencia de censura previa, responsabilidad posterior por abuso). La proposición de la protección iusfundamental puede encontrarse en un inciso completo (19 N° 15 i. I), en una oración de un inciso (artículo 19 N° 5, primera oración) e incluso en una parte de una oración (artículo 19 N° 1, inciso I: derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la integridad síquica, como derechos diferenciados).

El análisis de la parte del texto constitucional donde se radique el examen de la tipicidad iusfundamental es relevante para la definición del contenido de la protección. Por ejemplo, si se estima que el artículo 19 N° 7 primera frase (el derecho a la libertad personal) se encuentra especificado por el literal [a] de ese mismo numeral, se llega a una restricción del concepto de la libertad personal que la identifica con la libertad ambulatoria o de desplazamiento. Si, por el contrario, en lo que aparece un adecuado manejo del texto constitucional, se atiende a la expresión “En consecuencia”, que precede a los literales [a] a [i] del mismo número, y se aprecia que del contenido de estos literales no resulta coherente una igualdad entre su contenido y los derechos a la libertad personal y a la seguridad individual (entre otras cosas, por contemplar disposiciones absolutamente desvinculadas de estas nociones, como son los especiales casos de libertad de conciencia, en el artículo 19 N° 7 literal [f], y el derecho a la indemnización por error judicial, en la letra [i]), se llega a la conclusión de que el contenido de la protección a la libertad personal no puede entenderse equivalente, y por lo tanto agotado, en los elementos de la letra [a] del numeral en comento, y por tanto es necesario desarrollar su ámbito normativo en una perspectiva más amplia. De este modo, queda demostrada la importancia de determinar el precepto iusfundamental, al menos como hipótesis de trabajo sobre la que se inicie el análisis de la protección constitucional de un derecho.

En cuanto a la intertextualidad constitucional-convencional, la cuestión se plantea tanto desde las respectivas disposiciones constitucionales que puedan hacer un llamado al derecho internacional de los derechos humanos (en Chile, el deber de respeto y promoción contemplado en el artículo 5° CPR²⁵³) como desde las específicas disposiciones del derecho internacional convencional (artículos 5° del PIDCP, 29° de la CADH) para cualquier derecho garantizado positiva-

mente. Estas disposiciones obligan a determinar el estándar de reconocimiento de cada derecho y la habilitación de limitaciones resultante de las disposiciones presentes en la Carta Fundamental y dichos acuerdos internacionales. En este caso, la elección de los respectivos preceptos pasa por un juicio previo o pre-comprensión de la homogeneidad de nomenclatura utilizada en los respectivos instrumentos, y del sentido a atribuir, eventualmente, a disposiciones internacionales con denominaciones distintas al derecho fundamental constitucional de que se trate (y viceversa). Así, por ejemplo, no está exenta de dificultades la construcción dogmática del artículo 19 N° 12 i. I de la CPR en concordancia con el artículo 20 del PIDCP, si este último es incorporado como precepto convencional del ámbito normativo de la libertad de información y opinión, ya que, para coordinar el mandato constitucional y el deber convencional habría que entender que la prohibición de apología al odio nacional, al menos, no puede contener en ningún caso mecanismos de censura previa (por ej.: prohibición de difundir un programa televisivo con ese contenido), lo que no resulta obvio a partir del PIDCP.

§ 38. LA TIPICIDAD IUSFUNDAMENTAL: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una de las principales dificultades que presenta el tratamiento de los derechos fundamentales radica en la forma de su concreción positiva. Si bien hay excepciones, la mayor parte de los preceptos sobre derechos fundamentales revisten fórmulas concisas, resumidas, llamadas por algunos “lapidarias”, en alusión a la forma de las antiguas inscripciones romanas en piedra, en letras capitales sin mayores adornos. En sentido figurado, se designa así a un estilo muy escueto, casi mezquino, usado para acuñar ciertas ideas. “La propiedad es inviolable”, “la prensa será libre”, y otras similares, son ejemplos del mismo estilo. Este rasgo de la consagración de los derechos fundamentales en el texto constitucional hace necesario el examen de diversas cuestiones.

En una primera etapa de los instrumentos constitucionales, que es coincidente, en el ámbito europeo continental, con el período en que las disposiciones constitucionales no se entienden directa y regularmente aplicables por la judicatura, sino que como meras orientaciones políticas para el ejercicio del poder, el sentido o contenido normativo de los preceptos sobre derechos fundamentales, desligado del contexto de su nacimiento, se hace muy vago y general. Podría decirse que mientras que en su uso jurídico el texto “acusa” y por lo tanto obliga a quien recurre a él, a defender su interpretación, en su uso político el texto “excusa”, y es utilizado, por quien recurre a él, para justificar su discurso –pero no el uso que hace del texto. La característica de esta etapa es que los preceptos sobre derechos

²⁵³ A lo que habría que agregar, en un planteamiento completo de esta cuestión, la pregunta relativa al concepto de “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

fundamentales se incorporan al discurso político, pero presentan un muy pobre rendimiento al momento de traducirlos en enunciados normativos. Cuando más, se derivan de ellos limitaciones muy acotadas para el actuar de la administración, o del órgano judicial, sin llegar a comprometer, en cambio, la actuación del poder legislativo.

En una segunda etapa, con la introducción de procedimientos de amparo de los derechos constitucionales, eventualmente a nivel de jurisdicción constitucional (queja constitucional, *Verfassungbeschwerde*, acción constitucional de amparo de derechos), la situación se invierte. Por una parte, la tutela de los derechos se hará efectiva también respecto de actos legislativos; y por otra, surge una demanda por protección de los derechos frente a aspectos mucho más específicos de la actuación administrativa o judicial. Esto lleva a la instancia jurisdiccional a la que se encomienda la tutela de los derechos a dotar a las fórmulas de texto iusfundamental de contenidos normativos cada vez más específicos, ya sea que éstos cubran o no la protección solicitada, para, respectivamente, otorgar el amparo (y con ello, por regla general, anular o privar de sustento normativo a un acto estatal), o bien para desecharlo. Aunque parezca paradójico, para llegar a este resultado es usual que la respectiva jurisdicción constitucional otorgue de entrada, al respectivo derecho, la calificación de un valor o principio que se trata de proteger o realizar y cuya “concreción” asume en la correspondiente argumentación.

Esta evolución, consecuencia de la jurisdiccionalización de la protección de los derechos constitucionales, trae consigo un problema. El carácter lapidario de los preceptos iusfundamentales otorga al juzgador una muy débil referencia a partir de la cual fundar las afirmaciones sobre su sentido normativo. Este problema, que como se verá es una cuestión que puede resolverse adecuadamente desde un punto de vista dogmático, se concreta de una manera nefasta cuando, a partir de esta debilidad, se ve en la consagración breve y escueta de los derechos constitucionales, fórmulas amplias, casi ilimitadas, capaces de soportar las más atrevidas construcciones relativas al contenido iusfundamental. En nuestro país, el fenómeno es conocido en la evolución jurisprudencial a partir de la tutela constitucional al derecho de propiedad sobre bienes incorpóreos, que ha venido a significar, casi literalmente, cualquier cosa²⁵⁴. Frente a esto es necesario afirmar que la regu-

lación de los derechos fundamentales ha de compartir con el resto de la regulación jurídica la estructura básica de un conjunto de proposiciones sobre conductas que son ordenadas como permitidas, debidas o prohibidas, y que constituyen el sentido normativo cuyos instrumentos de justificación, para atribuirlo al respectivo precepto iusfundamental, son el objeto de la actividad dogmática.

Desde este punto de partida se puede sostener que una de las principales tareas de la dogmática iusfundamental es proponer las herramientas necesarias para un manejo disciplinado de fórmulas de texto escuetas, diríase que avaras, en vistas a acceder a un nivel razonable de certeza, que haga posible conocer y distinguir lo comprendido y lo no comprendido por la protección constitucional otorgada a un derecho. Esto, a su vez, debe hacer posible una función normativa de los preceptos sobre derechos constitucionales, que los aparte de la práctica corriente que comienza en la mera indicación referencial a un precepto constitucional para desarrollar un *constructo* del todo arbitrario o, al menos, no fundado en el respectivo derecho constitucional.

Esta tarea puede acometerse desde diversos flancos. Se ha preferido aquí aquel que, en primer lugar, se pregunta por qué es lo protegido cuando hablamos de un derecho fundamental constitucional (lo que ya encierra la pregunta por sus límites, que usualmente se trata como un tópico aparte) para luego analizar las posibilidades jurídicamente amparadas de afectación del contenido protegido. Estas cuestiones inciden en todo caso que concierna a la protección de un derecho constitucional, donde el ámbito normativo de cada derecho va a estar dado tanto por su enunciado como por sus límites y los requisitos establecidos para las afectaciones que la Constitución permite.

La pregunta de qué es lo protegido, en el caso de cada derecho constitucional, se responde a partir de una idea que se expresa, por la doctrina, a través de diferentes términos (a su vez, con distintas implicancias conceptuales), dentro de los que destacan la referencia a la *tipicidad* iusfundamental, al *supuesto de hecho* iusfundamental, y el *ámbito normativo* iusfundamental²⁵⁵.

Si bien es en el derecho penal donde mayor desarrollo ha tenido, la idea de tipicidad no es exclusiva de esta disciplina. En un sentido amplio puede considerarse como aquel elemento, constitutivo de toda norma jurídica, que alude a un

²⁵⁴ Cfr. FUENTES OLMOS (1996). Esta evolución en el campo de los bienes incorpóreos es sólo una manifestación de un proceso generalizado de pérdida de rigor conceptual en la teoría y dogmática de los derechos fundamentales, que ha encontrado una excusa teórica en la propuesta de considerar estos derechos como “principios” y situar a su vez, este postulado como parte de un entorno teórico bautizado (y al menos en esa condición, con una pretensión de membresía en la comunidad científica) como “Neoconstitucionalismo”. Véase al respecto CARBONELL (2003) y (2007).

²⁵⁵ “Estes «âmbitos» ou « domínios » protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: «âmbito de protecção» («Schutzbereich»), «domínio normativo» («Normbereich») «presupostos de facto dos direitos fundamentais» («Grundrechtstatbestände»). De acordo com a terminologia anteriormente referida, preferimos falar aqui em «âmbito normativo», para recortar, precisamente, aquelas «realidades da vida» que as normas consagradoras de direitos captam como «objecto de protecção». GOMES CANOTILHO (2002), p. 1246.

comportamiento o a una situación, estructurada de tal modo que permite (o lleva a) asociar la constatación de ese comportamiento o de esa situación con el enunciado normativo que puede asignarse al precepto que le sirve de base. De este modo, en el modelo clásico de norma como programa condicional, desde un punto de vista lógico²⁵⁶: “si se da X, entonces debe ser Y”, la tipicidad corresponde simplemente al conjunto de elementos que constituyen el supuesto de hecho para desencadenar los efectos previstos por la respectiva disposición, cuando ese supuesto de hecho presenta ciertas notas particulares o distinguibles respecto de otras hipótesis similares. Es por esto que algunos autores identifican el elemento tipicidad sin más con el supuesto o hipótesis de hecho, esto es, con el conjunto de rasgos específicos que, atribuidos al enunciado normativo de que se trate, y constatados en el plano de los hechos, dan lugar al efecto previsto por la norma.

Este concepto de tipicidad resulta, sin embargo, inadecuado para una dogmática de los derechos fundamentales. Con la nomenclatura expuesta, habría que considerar que el supuesto de hecho iusfundamental está dado por la calidad de titular del derecho: así, por ejemplo, si se reconocen ciertos derechos “a toda persona”, la mera condición de persona da lugar para predicar los efectos, o sea, la correspondiente protección debida, con lo que el aporte dogmático de la categoría supuesto de hecho quedaría reducido a permitir discriminar aquellos casos en que el elemento subjetivo de la protección, o sea, la titularidad, se torna relevante para conceder o rechazar el efecto protectivo.

Lo típico, en materia de derechos fundamentales, no viene a ser entonces el supuesto de hecho (sin perjuicio de la necesidad de incorporar la cuestión de la titularidad de los derechos en el análisis de la protección otorgada), sino la específica protección que se predica a partir del respectivo precepto iusfundamental. Es por ello que resulta más adecuado identificar la idea de tipicidad iusfundamental con la protección (debidamente delimitada conceptual y normativamente) otorgada por el respectivo derecho. De este modo se da, para la noción de tipicidad de los derechos fundamentales, un significado distinto a aquel que puede tener, por ejemplo, en materia penal o contractual. Ya no se trata más de los elementos necesarios para calificar, de una determinada forma, los supuestos de hecho, y vincularlos a consecuencias jurídicas específicas. La tipicidad iusfundamental alude a las consecuencias jurídicas derivadas del respectivo derecho y con ello, al conjunto de enunciados normativos que pueden predicarse como contenido de la protección iusfundamental.

²⁵⁶ Y que no debe ser confundido con la concepción de la interpretación como mera operación de subsunción.

§ 39. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

En nuestra doctrina nacional no se encuentra desarrollada la idea de tipicidad iusfundamental. Sin embargo, se encuentra conceptualmente presente en la obra de algún autor. Es así como ya en 1993, en su artículo *Misión Cautelar de la Justicia Constitucional*, José Luis Cea, haciendo referencia a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, señala que las delimitaciones presuponen el reconocimiento y protección de los derechos, pero “*definen o perfilan la extensión de su contenido, el ámbito de su ejercicio lícito y el cúmulo de los deberes y responsabilidades correlativas, caracterizando a cada uno como determinada facultad jurídica, inconfundible con otras*”²⁵⁷. Por su parte, Humberto Nogueira, en su obra *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites*, hace alusión al supuesto de hecho de los derechos fundamentales (una de las denominaciones alternativas propuestas para la tipicidad iusfundamental) y, en referencia a Peces-Barba, la define como el haz de derechos y libertades que abarca el derecho²⁵⁸. “*Delimitar un derecho es identificar el ámbito de la realidad al que se alude y el tratamiento contenido en las normas jurídicas que reconocen el derecho de acuerdo con las fuentes del orden jurídico determinadas constitucionalmente, lo que fija el contenido y alcance del derecho protegidos constitucionalmente y sus límites intrínsecos, vale decir, aquellos que dependen de su propia naturaleza. Por tanto, todo lo que no puede ser subsumido en el supuesto de hecho del derecho, constituye supuestos de no derecho*”²⁵⁹. En *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* avanza sobre esta idea al señalar que “*Delimitar un derecho es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites. En otras palabras... es determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho...*”²⁶⁰.

§ 40. FUNCIÓN DOGMÁTICA

La pertinencia de incluir la categoría de tipicidad iusfundamental en la dogmática de los derechos fundamentales se justifica por su utilidad en el proceso de

²⁵⁷ CEA EGAÑA (1993), p. 396. El destacado es mío y resalta dos de las funciones que cumple la tipicidad iusfundamental; la caracterización de un derecho fundamental y, por vía de la misma, su distinción de otros derechos.

²⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 6.

²⁵⁹ *Ibidem*. El destacado es mío, para hacer ostensible la función dogmática que se le asigna a la tipicidad iusfundamental.

²⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 69. En esta misma obra, sin embargo, parece adoptar una postura que contradice esta afirmación, cuando señala que “...el grado de apertura de los enunciados constitucionales de derechos fundamentales... determinan situaciones jurídicas denominadas *prima facie*, es decir, un derecho asegurado y garantizado por el orden constitucional, pero cuyo alcance no está previsto o precisado de modo definitivo por la Constitución” (p. 72).

aplicación de los preceptos iusfundamentales. Según Stern, la primera función que la tipicidad cumple aquí es permitir distinguir, lo más temprano posible, los casos relevantes en el ámbito iusfundamental, y excluir aquellos que son irrelevantes para la protección en dicho ámbito. La segunda función dice relación con la necesaria diferenciación entre derechos fundamentales. No es inusual en nuestro país, en particular en el ámbito del recurso de protección, que ante una misma situación se alegue que se han afectado diversos derechos. Esta figura, el alegato de la aplicación simultánea de dos o más preceptos iusfundamentales, con ámbitos normativos diversos, a una misma situación de hecho, se conoce como concurrencia o concurso de derechos. Si bien no se descarta la posibilidad de una efectiva concurrencia de derechos afectados en un caso determinado, la regla general es que una situación cualquiera configure la afectación de sólo un derecho fundamental, cuya especificidad excluya la aplicación de otros preceptos de derechos fundamentales. Es importante evitar la afirmación infundada de casos de concurrencia de derechos, porque el diferente trato dado a los derechos por la Constitución reclama situar a cada ámbito protegido dentro de sus específicas reglas de protección. Lo contrario sólo lleva a mezclarlas y confundirlas, con el resultado de debilitar el sentido normativo de la carta. Así, por ejemplo, si la autoridad niega la autorización para instalar un instituto de formación profesional en una casa de mi propiedad, alguien podría, irreflexivamente, alegar lesión a los derechos constitucionales amparados en los numerales 11, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución. Pero al hacerlo, está colacionando, para el caso en cuestión, la posibilidad de límites sobre la base de la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas, los intereses generales de la nación y la conservación del patrimonio ambiental, en contra de los acotados moral, orden público y seguridad nacional que tendrían exclusiva cabida si el alegato se fundara sólo en lesión al 19 N° 21. Más evidente aún resulta el alegato de lesión frente a la clausura de una editorial dedicada al material pornográfico, cuestión que podría justificarse al amparo del 19 N° 21 (la moral como límite a la actividad empresarial), pero no bajo el 19 N° 12, que sólo admite sanción posterior al abuso de la libertad de expresión (aun cuando pueda dejar abierta al legislador la posibilidad de calificar como abuso la producción y difusión de material pornográfico). Si, en cambio, el alegato opta por mencionar ambos derechos como amagados, bien puede justificarse la actuación de la autoridad en la habilitación del 19 N° 21.

§ 41. CONTENIDO DE LA TIPICIDAD IUSFUNDAMENTAL

Para cumplir su función, la tipicidad iusfundamental sólo puede contener aquellos elementos cuya ausencia permita, sin otra consideración, excluir la aplicación

del respectivo derecho fundamental. Dentro de estos elementos, se distingue entre los elementos personales del tipo (que definen la titularidad del respectivo derecho) y los elementos relativos al contenido de la respectiva protección. Se propone para estos últimos la denominación de *contenido protectivo* o *contenido de la protección*. En su función, este término viene a cumplir una función equivalente al de 'ámbito protegido' o 'ámbito normativo iusfundamental', usado por otros autores²⁶¹. En este trabajo se prefiere reservar la expresión "contenido protectivo" para aludir, como los términos lo indican, al contenido de la protección (qué es lo protegido), y utilizar la expresión "ámbito normativo iusfundamental" para indicar el conjunto de elementos constituidos por el ámbito protegido (que es decir tipicidad, o bien titularidad y contenido protectivo) y las disposiciones que habilitan la afectación del respectivo derecho.

Los elementos del tipo iusfundamental pueden ser de carácter positivo o negativo. Por ejemplo, la protección otorgada al derecho de reunión se extiende a las reuniones pacíficas y sin armas (artículo 19 N° 13). Sólo la concurrencia de los dos elementos despliega el efecto protectivo de la respectiva disposición, que en este caso comprende la prohibición de exigencias de permiso previo. El contenido protectivo, así determinado, se demuestra útil en su traspaso al inciso II del artículo 19 N° 13; las reuniones en lugares de uso público, que se regirán por las disposiciones de policía, siguen siendo aquellas comprendidas en la tipicidad iusfundamental, y que, por tanto, producen el efecto protectivo (prohibición de exigencia de autorización previa). La aplicación de este análisis a las disposiciones del D.S. N° 1.086 de 1983, permite denunciar, por tanto, como inconstitucional, la práctica administrativa de la autorización previa que se ha asentado a partir de las letras c) y d) del artículo 2° de dicho cuerpo reglamentario²⁶². La única intelección compatible con la disposición constitucional es la aplicación de ambos literales bajo la modalidad prevista en el artículo 3° del D.S. N° 1.086, esto es, una resolución de carácter general que indique calles y sitios donde no se permitan reuniones públicas.

Por otro lado, se excluyen de la definición de la tipicidad iusfundamental las normas habilitantes de una intervención estatal. Así, un análisis del precepto del artículo 19 N° 5, que incluyese dentro de la tipicidad la necesidad de habilitación

²⁶¹ En el caso del ámbito normativo iusfundamental (*Grundrechtsnormbereich*), la denominación corresponde a la teoría del Método Jurídico Estructurante de Friederich Müller, recogida por Konrad Hesse y (al parecer por influencia de Hesse) por GÓMEZ CANOTILHO (2002).

²⁶² Por la sencilla razón de que la exigencia de autorización previa, unida a la posibilidad de negativa a otorgar la autorización solicitada en un caso concreto constituye, simplemente con otro nombre, un requisito de permiso previo.

legislativa para los casos de intervención, llevaría a concluir que el contenido de la protección sólo consistiría en la legalidad de las hipótesis de intervención (allanamiento, interceptación, apertura, registro). En contra de dicho enfoque, se sostiene aquí que estas disposiciones habilitantes no deben ser consideradas en el tipo iusfundamental. En este caso, la tipicidad sólo se construye a partir de la primera oración del artículo 19 N° 5. De esta forma, el precepto de la segunda oración de este numeral no sólo exige la legalidad de las intervenciones, sino que, ya configurado un ámbito de protección, plantea exigencias a la ley que las regule, en vistas a conservar el contenido de la protección como una entidad distinguible, que debe ser respetada por la propia ley, de acuerdo a las reglas generales aplicables a las intervenciones habilitadas por la Constitución (por ejemplo, el respeto al contenido esencial y al principio de proporcionalidad).

Una de las principales ventajas del manejo del concepto de tipicidad, o de ámbito protegido, es que incluye, dentro de una etapa muy temprana del análisis, el concepto de límite del respectivo derecho. A nivel constitucional, la idea de límite de un derecho no significa otra cosa sino la línea demarcatoria entre el ámbito protegido por la Constitución, y lo que escapa a esa protección. Así concebida, la idea de límite no es sino uno de los elementos constitutivos de la tipicidad iusfundamental. Una cuestión distinta (y que, al confundirse, usualmente complica el manejo conceptual) es la técnica constitucional empleada en algunos casos para determinar límites en algunos derechos específicos, cuestión que en nuestro país se hace aún más compleja por la forma en que se consagra la referencia al contenido esencial de los derechos en el artículo 19 N° 26. Al respecto, es necesario precisar que, sea cual sea el ámbito normativo protegido que se determine para un derecho fundamental, éste no se encuentra a disposición del legislador como una posición jurídica "*prima facie*": de lo contrario, la protección a los derechos fundamentales carecería de función normativa respecto del poder legislativo. De esto se desprende que la idea de contenido esencial constituye solamente (pero de manera muy precisa) la tipicidad iusfundamental respecto del legislador (y no cubre, por tanto, todo el contenido protectivo del derecho, que puede tener facetas específicas respecto del ejecutivo y de la judicatura). Esto se entiende fácilmente recordando que la noción de protección al contenido esencial nace asociada a aquellos derechos cuya existencia depende de la configuración legal.

Como se desprende de los párrafos anteriores, la idea de tipicidad iusfundamental constituye el punto de partida de toda actividad interpretativa, y se sitúa en el centro de las cuestiones metodológicas de los derechos fundamentales constitucionales. Por ejemplo, si el tipo iusfundamental es definido a partir de una libre elucubración filosófico-política y jurídica y de un laxo uso del lenguaje

en términos de principios, mandatos de optimización o posiciones *prima facie*, es previsible una expansión casi ilimitada del mismo y la consiguiente pérdida de la función normativa de los preceptos iusfundamentales. Por otro lado, es posible desarrollar el ámbito protegido a partir del concepto y función de los derechos constitucionales al interior de una determinada posición en materia de teoría constitucional. Sin perjuicio de que ello puede conducir a diferentes resultados, es más probable obtener de este enfoque una contención racional en el método de construcción normativa de los derechos fundamentales.

§ 42. TIPOLOGÍA

Un elemento auxiliar para el manejo de la tipicidad es el establecimiento, a partir de la determinación de la estructura básica del contenido protectivo de los derechos, de categorías que los agrupan por estructura o tipos similares. Así, desde el punto de vista de su función en el esquema constitucional, es posible proponer una tipología básica de los derechos fundamentales sobre la cual realizar, luego, una clasificación de los mismos en el marco de nuestra Constitución.

a) libertades: se reúnen dentro de esta categoría los derechos fundamentales cuya tipicidad corresponde a ámbitos o atributos de la persona protegidos de la intervención estatal, o en los cuales ella se encuentra muy limitada; así como las disposiciones relativas a la juridicidad de dicho actuar. Si bien no constituyen exclusivamente "derechos de defensa", se satisfacen, en un primer momento²⁶³, en la abstención estatal: basta con que el Estado no actúe para que se entiendan respetadas. Se ubican dentro de este grupo el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, la libre manifestación de todas las creencias, la libertad de culto y erección, la libertad personal, la libertad de enseñanza, la libertad de opinar e informar, el derecho de reunión, el derecho de petición, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, la libertad en la creación artística. Se corresponden en un alto grado con los derechos del hombre en estado de naturaleza de la teoría contractualista;

b) derechos en sentido estricto: dentro de esta categoría se reúnen aquellos derechos cuyo contenido protegido está dado por posibilidades de acción jurídica y que por tanto requieren, al menos, de la correspondiente regulación jurídica. Sólo son concebibles como derechos del individuo en estado de sociedad, y reclaman una actuación estatal, ya sea judicial, ya legal, en la mantención de los institutos jurídicos en que consiste la respectiva facultad. Los derechos implican un

²⁶³ En un momento posterior surge la cuestión sobre el deber de protección de estas libertades, que según algunos llamaría a un actuar del Estado, y que se trata más abajo.

deber del Estado, al menos en el sentido de configurar la regulación que los haga existentes como tales²⁶⁴, y dentro de ellos se pueden mencionar el derecho a protección en el ejercicio de los derechos, el derecho a la honra, el derecho a la seguridad personal, el derecho de asociación, el derecho de sindicación, el derecho de acceder al dominio de los bienes y el derecho de propiedad, incluyendo la propiedad intelectual;

c) igualdades: se trata de disposiciones relativas al modo de la actuación estatal a nivel legislativo, administrativo o judicial. Se caracterizan porque el respectivo ámbito protectivo no puede ser determinado a partir del individuo aislado; sólo resulta posible en su relación con otro sujeto, atendiendo a la actuación del Estado, que puede ser contrastada respecto de uno y otro. Aquí el Estado, en principio²⁶⁵, no está obligado ni a actuar ni a no actuar; pero de llegar a actuar debe hacerlo de una determinada manera. Es el caso de la igualdad ante la ley como prohibición de discriminación arbitraria, el deber de igualdad en la protección otorgada a los derechos, la igualdad en materia laboral y económica, la igualdad ante los cargos y cargas públicas;

d) deberes estatales presentados como derechos. Se trata de derechos fundamentales en los cuales sólo se conserva su sentido primario como normas materiales de competencia, siendo inexistente la faz subjetiva de la protección, o, al menos, encontrándose ausente la posibilidad de exigir una específica forma de comportamiento al Estado en alegación del respectivo derecho. En el esquema general de los derechos fundamentales cumplen una significativa función habilitante (por ejemplo, la protección constitucional al derecho a la salud).

e) Todas las categorías anteriores tienen en común que se satisfacen en el manejo que el Estado haga de su ordenamiento jurídico, o bien de la específica actuación de sus potestades jurídicas, incluyendo las posibilidades de actuación material. En una dimensión cualitativamente distinta encontramos la configuración de derechos económico-sociales propiamente tales, esto es, derechos a prestaciones, consagrados como derechos subjetivos, con el correlativo deber de la autoridad de otorgar dichas prestaciones y la justiciabilidad de la pretensión ante la prestación incumplida o no satisfactoria. No se encuentran ejemplos de este tipo de derechos en nuestra Constitución por cuanto, en los casos más próximos,

²⁶⁴ Instituto jurídico: conjunto de disposiciones que regulan una determinada materia de manera coherente y sistemática, otorgando un núcleo de competencias a los sujetos que ingresan al ámbito de su regulación. Ej.: matrimonio, contratación, dominio.

²⁶⁵ Se dice "en principio", porque podría pensarse en situaciones de desigualdad en el ordenamiento jurídico vigente que requieren de ser eliminadas.

ella sólo configura un deber para el legislador, o bien un deber estatal de carácter genérico y, por lo tanto, no se avizora la posibilidad de hacer justiciables, a nivel constitucional, pretensiones como podrían ser, por ejemplo, a educación básica y media gratuita, o a la defensa judicial para quienes carecen de medios. La remisión vía artículo 5º i. II a los tratados internacionales como el PIDESC no salva que el deber de promoción y respeto, en relación a esos derechos, queda sometido al carácter condicional y progresivo de la obligación que contiene la respectiva disposición²⁶⁶.

La utilidad de esta tipología radica en que permite un intento de sistematización en relación a la regulación constitucional. Así, en el caso de las libertades, lo más relevante para el análisis del contenido protegido son los casos y requisitos de la actuación estatal lícita; y la esencia del derecho se confunde con el contenido protectivo respecto de la actuación legislativa que habilita la intervención en los derechos. En el caso de las igualdades, la esencia del derecho se confunde con el derecho mismo en cualquier dimensión de la actuación estatal. En el caso de los derechos en sentido estricto, en cambio, puesto que su extensión (y existencia) depende de la regulación legal, es importante la referencia a un contenido esencial preconfigurado conceptualmente que los resguarde de una modificación legislativa que los "vacíe" de contenido.

²⁶⁶ Artículo 2.1 del PIDESC: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". El destacado es del autor.

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 43. PERSONAS NATURALES

Los derechos fundamentales surgen en primera línea como derechos de todo individuo de la especie humana. Precisamente en esto radica una de sus particularidades respecto del reconocimiento y garantía de los derechos en épocas pre-constitucionales, donde se constata la defensa de derechos y libertades, pero siempre asociadas a un estamento, o a una calidad particular, que constituía un criterio excluyente de la universalidad, entendida como reconocimiento de los derechos a todo ser humano en cuanto tal, con que hoy se predicán los derechos fundamentales. Tanto la *Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia*, en 1776, como la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, en 1789, y las primeras diez enmiendas a la Constitución Federal de los EE.UU. consagran derechos de los individuos, en cuanto hombres²⁶⁷ y en cuanto miembros de la comunidad política. Y, al menos en el caso francés, puede afirmarse que no podía ser de otra manera: el momento revolucionario es también el momento de una profunda aversión a las asociaciones: no sólo no se reconoce el derecho de asociación, en la *Declaración*, sino que en el Preámbulo de la *Constitución de 1791* proclama que “*ya no hay cofradías ni corporaciones de profesiones, artes y oficios*”²⁶⁸.

²⁶⁷ Es precisamente sobre esta noción que Huneeus rechazaba el reconocimiento de “derechos naturales” a las corporaciones. Refiriéndose a las sociedades civiles y comerciales, señala “Éstas y aquéllas no son personas naturales y no pueden, por lo tanto, tener Derechos Naturales. Su existencia es debida sólo a la Ley, y ésta puede reglar soberanamente todas las condiciones de su desarrollo y su extinción, lo cual no sucede con el hombre, cuya organización física, intelectual y moral es algo que el legislador necesariamente debe respetar...”, HUNEEUS (1879-1880), p. 109.

²⁶⁸ Como dice un autor español “...en esa coyuntura no era ni siquiera imaginable que alguien se planteara la titularidad de derechos fundamentales por entidades asociativas. Por otra parte, el concepto de persona jurídica aún no había alcanzado el suficiente desarrollo. Sin embargo, los problemas para aceptar esa titularidad derivan –o al menos derivaban entonces– no sólo de esas circunstancias coyunturales sino, fundamentalmente, del propio entendimiento de los derechos fundamentales como derechos ligados a la

La consagración constitucional de la titularidad de los derechos fundamentales hace necesario un análisis que discrimine diversas hipótesis de regulación²⁶⁹.

1. Titularidad reconocida a toda persona

En consonancia con lo recién dicho, en nuestra Carta se reconoce como titular de derechos constitucionales, en una primera aproximación, a toda persona, según el encabezado del artículo 19 CPR, en relación con el artículo 1º inc. I. La primera observación que cabe hacer aquí es que la redacción original del artículo 1º, inciso I²⁷⁰, era más acertada, desde el punto de vista de la concreción técnica de la protección constitucional a los derechos de todos los seres humanos, ya que vinculaba inmediatamente el estatuto iusfundamental con todo individuo de la especie humana (sin que ello, antes de la reforma, haya sido puesto en duda por autor ni jurisprudencia algunos). La actual versión del inciso I de este artículo es una versión débil, ya que la calificación u otorgamiento de la personalidad corresponde siempre al derecho. Esto es así a tal punto que, frente a la posibilidad de desconocimiento de la calidad de persona por el ordenamiento jurídico, se ha incorporado, a nivel de tratados internacionales, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica²⁷¹. Por tanto, mientras en su versión original el artículo 1 inciso I, en concordancia con el inciso del artículo 19 permitía sostener directamente el derecho de todo individuo al reconocimiento de su personalidad (principal consecuencia de la igualdad en derechos enunciada por el precepto capital de la Constitución, en especial en cuanto se alzaba como requisito habilitante para el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos asegurados por el artículo 19), en su versión actual es necesario recurrir a una argumentación adicional, eventualmente vía artículo 5 i. II primera oración, para vincular la idea de individuo de la especie humana con la de persona, a fin de, recién entonces, ampararlo bajo el artículo 1 i. I y el artículo 19.

Continuación nota 268

naturaleza humana, con un importante contenido filosófico moral que hace que se les califique de 'sagrados e inviolables'. GÓMEZ MONTORO (2002), p. 77.

²⁶⁹ Sobre esta materia cfr. NOGUEIRA ALCALA (2007), pp. 47-49, con somera referencia al problema de la capacidad iusfundamental.

²⁷⁰ "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

²⁷¹ El artículo 16 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* prescribe que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, esto es, de su calidad de persona para efectos jurídicos. Mucho menos precisa es la *Convención Americana de Derechos Humanos*, cuando consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona, en su artículo 3, estableciendo de esta forma un imperativo tautológico que podría parafrasearse diciendo: "Toda entidad dotada de personalidad jurídica (= persona) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

La identificación de la calidad de titular de derechos fundamentales con la de toda persona natural, en nuestra Constitución es, sin embargo, una afirmación que debe ser precisada.

Por una parte, la encontramos sustentada en todas aquellas disposiciones del artículo 19 de las que se deriva un ámbito personal de validez universal: en primer lugar, todas aquellas disposiciones cuya sintaxis permite vincularlas al enunciado de este artículo: 19 Nº 1 i. I; Nº 2 i. I primeras tres oraciones; Nº 3 i. I, Nº 4 i. I, Nº 5, Nº 6 i. I, Nº 7, Nº 8 i. I primera frase, Nº 9, Nº 10, Nº 12, Nº 13 i. I, Nº 14, Nº 15 i. I, Nº 16 i. I, Nº 17, Nº 18 i. I, Nº 19 i. I, Nº 20 i. I, Nº 21 i. I, Nº 22 i. I; Nº 23 i. I, Nº 24. i I, Nº 25 i. I, Nº 26; en segundo lugar, todos aquellos derechos enunciados de manera general bajo la redacción "toda persona" Nº 3 i. II, Nº 7 literal [a], Nº 12 i. III (natural o jurídica), Nº 16 i. II o "nadie" Nº 3 i. IV, Nº 7 literal [b] i. I, literal [d] i. I, Nº 15 i. III, Nº 24 i. III.

Por otra parte, esta titularidad extendida se encuentra, a su vez, restringida por la propia Constitución en algún caso: así, según el artículo 19 Nº 3 i. II segunda oración, debe entenderse que el ámbito normativo del derecho de defensa de los integrantes de las fuerzas ahí mencionadas, en lo administrativo y disciplinario, queda definido por las respectivas normas estatutarias (que, en su caso, podrán incluir las correspondientes disposiciones reglamentarias²⁷²). Con esto, de la titularidad universal del derecho constitucional a defensa jurídica se excluye a este grupo que, por mandato constitucional, es titular de un derecho de defensa de contenido estatutario en lo administrativo y disciplinario²⁷³. Este tipo de restricciones al reconocimiento de titularidad universal de derechos que hacen las disposiciones citadas precedentemente es excepcional. Es por ello que, en ausencia de disposición constitucional habilitante, debería analizarse la posible inconstitucionalidad que afecta a disposiciones como la del artículo 18 de la ley Nº 18.603²⁷⁴. Mientras que la exclusión del derecho de asociación política podría encontrar algún soporte constitucional en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas,

²⁷² Cfr. artículo 431 del Código de Justicia Militar.

²⁷³ Para todos los titulares del derecho de defensa, éste rige en los términos regulados por las leyes, sin perjuicio de que ellas puedan ser controladas a la luz de la extensión constitucional que se le dé al derecho de defensa. A partir de esta idea, la segunda oración del inciso segundo, "Tratándose..." no puede entenderse como una mera reiteración de la regla general. Su sentido, entonces, sólo puede consistir en reducir el enunciado general sobre derecho constitucional de defensa, a un ámbito más acotado, un derecho estatutario de defensa, en el ámbito disciplinario y administrativo, para los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

²⁷⁴ Artículo 18 "(...) Con todo, no podrán afiliarse a partido político alguno el personal de las Fuerzas Armadas y el de las de Orden y Seguridad Pública, los funcionarios y empleados de los diferentes escalafones del Poder Judicial, los del Tribunal Calificador de Elecciones y los del Servicio Electoral".

a partir de una interpretación muy extensiva (y por ello cuestionable como vía para justificar la exclusión) del concepto de no deliberancia (que afecta a las FF.AA. y a Carabineros como cuerpos armados, y no en cuanto a sus integrantes cuyo estatuto jurídico es el de ciudadanos), no existe forma de fundar constitucionalmente la exclusión del derecho de asociación política para los funcionarios y empleados del poder judicial, del Tribunal Calificador de Elecciones ni del Servicio Electoral (ver infra, § 53.6).

2. Situación del nasciturus como titular de derechos fundamentales

Por otro lado, encontramos el caso de un titular con un campo muy restringido de protección: 'el que está por nacer', que en la redacción del artículo 19 N° 1 i. II parece excluido (en conformidad a la posición tradicional de nuestro derecho civil, y al momento inicial del nacimiento fijado en el artículo 1 i. I CPR) de la calidad de persona, y, por tanto, sólo titular del derecho de protección previsto por esta disposición. La afirmación de la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extrajurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del artículo 19²⁷⁵. En particular, tomando en cuenta que el inciso II del artículo 19 N° 1 es excepcional en dos sentidos. En el primero, porque carecería de función normativa si la Constitución considerase persona al *nasciturus*, ya que se encontraría amparado, no por la protección legal ordenada, sino por el propio precepto constitucional del inciso I del artículo 19 N° 1. Y luego, la consagración expresa de un deber de protección legal al que está por nacer indica una diferencia respecto del derecho a la vida asegurado a las personas. De otro modo no se entiende que simplemente no se hubiese establecido como deber general de protección legal al derecho a la vida *de toda persona*.

3. Exclusión de titularidad respecto de personas naturales

En una tercera situación encontramos algunos derechos (o facultades) que sólo son reconocidos a determinados titulares; así, por ejemplo, las confesiones religiosas, y las iglesias, confesiones e instituciones religiosas en el artículo 19 N° 6 i. II; a los padres en el artículo 19 N° 10 i. III y 11° i. IV; el Estado en el artículo 19

N° 12, i. V²⁷⁶; los trabajadores de la empresa en el caso de la negociación colectiva del artículo 19 N° 16 i. V; las organizaciones sindicales según el artículo 19 N° 19 i. II. Estas disposiciones excluyen la posibilidad de afirmar que la titularidad de todos los derechos constitucionales pueda predicarse, a su vez, respecto de todas las personas naturales.

4. Titularidad de derechos políticos y otros

En una cuarta categoría encontramos los derechos políticos que en nuestro país reconocen algunas particularidades. Por una parte, se reconoce como titulares del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos (artículo 13 i. II), lo que constituye la situación usual en el derecho comparado: pero nuestro ordenamiento fundamental otorga también la titularidad del derecho de sufragio activo a los extranjeros que cumplan los requisitos que les fija el artículo 14. Es interesante hacer notar aquí la falta de simetría de esta disposición respecto de aquellas que regulan el estatuto del ciudadano. Así, el chileno residente en Chile toda su vida, que cambia su nacionalidad, renuncia a la chilena y pierde consecuentemente la calidad de ciudadano (artículo 17 N° 1) difícilmente podrá inscribirse de inmediato como extranjero avecindado, aun cuando, desde el punto de vista jurídico, su situación será la misma que la de un no nacional que lleve cinco años avecindado en Chile. Por otro lado, el extranjero con derecho a sufragio no se encuentra sujeto a los deberes de los incisos II, III y IV del artículo 22, por lo que se le otorga un derecho político sin las correspondientes cargas.

Otro caso de un derecho que, por su definición, corresponde a cualquier individuo procesalmente capaz, sin distinción entre nacionales y extranjeros, es el de acción que consagra el artículo 93 i. XV para reclamar la inconstitucionalidad de los partidos políticos, de acuerdo al artículo 93 i. I N° 10, y las inhabilidades que puedan afectar a una persona para ser designada ministro, etc., según el i. I, N° 13 del mismo artículo. Curiosa generosidad con los no nacionales, tomando en cuenta la trascendencia de una eventual acción de este tipo para el sistema político.

Dentro de los derechos políticos cabría considerar también el derecho a la nacionalidad, cuya titularidad está definida en términos complejos por la conjunción de un elemento positivo (la presencia de alguna de las circunstancias del artículo 10) y un elemento negativo (ausencia de alguna de las causales de pérdida del artículo 11). Si bien la nacionalidad es un estatus, condición o calidad que

²⁷⁵ Comparto con Manuel A. Núñez Poblete la idea de que la vida humana comienza en el momento de la concepción, pero mi convicción personal no me permite reemplazar la ausencia de argumentos jurídicos para sostener esta postura a nivel del derecho vigente. GUZMÁN BRITO (2001) p. 92, es definitivo en este punto: "Por "persona" no se entiende en Chile al que está por nacer". En contra de esta posición, considerando como persona al *nasciturus* y, por tanto, titular de todos los derechos garantizados por el artículo 19, desde el momento de la concepción, vid. NÚÑEZ POBLETE (1997a) y (2001). En el mismo sentido, la mayoría del Tribunal Constitucional en sentencia de 18.04.2008, rol N° 740-07 "Píldora del día después" (cons. 50°), con voto disidente del ministro Vodanovic en contra de este punto específico.

²⁷⁶ Y no las universidades y demás personas o entidades que la ley determine, ya que en el caso de éstas, la facultad de establecer, operar y mantener estaciones de televisión tendrá su origen en la ley, y carece de rango constitucional.

puede tener una persona, debe entenderse también que existe un derecho a ella, consagrado constitucionalmente, respecto de quienes satisfacen los requisitos positivos y negativos de los artículos 10 y 11. El derecho de reclamación de la nacionalidad del artículo 12 es una garantía, respecto de la autoridad administrativa, tanto del derecho a la nacionalidad (para reclamar el reconocimiento del respectivo estatus) como de su ejercicio.

5. Titularidad indiferenciada entre nacionales y extranjeros

Una cuestión que llama fuertemente la atención en el diseño de nuestro sistema de derechos constitucionales es la falta de diferenciación, propia de la mayor parte de los sistemas constitucionales²⁷⁷, entre derechos de los individuos y derechos de los individuos nacionales. Es así como, por ejemplo, a partir del artículo 19 N° 7 letra [a], se puede sostener que todo extranjero tiene el derecho de entrar libremente a nuestro país, sin que nuestra Constitución, en virtud del artículo 19 N° 2, aporte un punto de apoyo normativo para una distinción que prive a los extranjeros de este derecho (como derecho, y no como mera posibilidad de ingreso regulada por el ordenamiento jurídico).

§ 44. CAPACIDAD IUSFUNDAMENTAL

La capacidad iusfundamental es un concepto que distingue, respecto de la titularidad de los derechos fundamentales, las hipótesis que permiten el alegato o ejercicio efectivo de dicha titularidad²⁷⁸. Este tema ha sido poco tratado y sólo se planteará aquí el problema. Las preguntas que surgen son de múltiple índole: ¿Es posible que un menor invoque la libertad religiosa en contra de las creencias de sus padres y, eventualmente, en contra de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce a éstos respecto de la persona y formación del menor? ¿Puede un menor oponerse, en virtud de su libertad personal, a tratamientos médicos autorizados por sus padres²⁷⁹? ¿Puede un menor, en ejercicio de un derecho fundamental, alegar que no está sujeto a las reglas civiles sobre representación y capa-

cidad? O, en general ¿a partir de qué momento puede un menor reclamar válidamente su titularidad (indiscutida por lo demás) de derechos fundamentales frente al ejercicio de potestades públicas? La *Constitución Suiza* del año 1999, en vigor a partir del 2000, contiene una disposición general sobre este punto que sustrae la capacidad fundamental del ámbito de la regulación civil y la lleva a un criterio constitucional propio, cercano al derecho penal. Señala esta carta en su artículo 11 i. II que los niños y los jóvenes “*ejercerán sus derechos por sí mismos, en la medida en que tengan capacidad de discernimiento*”.

§ 45. COLECTIVOS CARENTES DE PERSONALIDAD JURÍDICA (PERSONAS MORALES)

Entre los pocos autores que han tratado el tema se tiende a reconocer a las personas morales, entendiendo por tales a las asociaciones carentes de personalidad jurídica, el carácter de titulares de derechos constitucionales²⁸⁰. Sin embargo, esta afirmación no está exenta de problemas. Sostener la titularidad de derechos constitucionales de las denominadas “personas morales” plantea un problema. Efectivamente, esta afirmación sólo tiene sentido, o valor dogmático, desde el momento en que permite reconocer una titularidad de derechos diferenciada respecto de los individuos que constituyen el respectivo colectivo o “persona moral”. Es importante, para lograr claridad en este punto, observar su aspecto práctico: la afirmación de titularidad de derechos fundamentales para las personas morales sólo es jurídicamente relevante si, en el caso concreto, se puede distinguir un ámbito de protección iusfundamental distinto (y extendido) respecto de aquel que, en ese mismo caso, podría obtenerse a partir de la protección iusfundamental a los individuos que componen dicho colectivo. Esto no plantea problemas en los casos en que es la propia Constitución la que reconoce esta titularidad, y, habría que agregar, corresponde a derechos que por su contenido protectivo justifican este reconocimiento. Así, por ejemplo, el derecho de erigir templos se reconoce en el artículo 19 N° 6 i. II a las confesiones religiosas, sin que les exija personali-

Continuación nota ²⁷⁹

del delito de homicidio por omisión por el que les condena tal sentencia al entender que, siendo irrelevante el consentimiento de su hijo de trece años, que se negó al tratamiento transfusional por razones de su conciencia religiosa, les era exigible a mis representados una acción disuasoria de la voluntad de su hijo, contraria a éste y a sus propias convicciones religiosas”.

²⁸⁰ NÚÑEZ POBLETE (2001), p. 201, con referencias a la historia fidedigna (*rectius*: a las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 215); y NÚÑEZ POBLETE (1997b). Tempranamente SOTO KLOSS (1982), pp. 71-73. En contra, GUZMÁN BRITO (2001), pp. 101, 102, con una acertada distinción entre la titularidad de los derechos y la legitimación activa en el recurso de protección que, efectivamente, se reconoce con carácter amplio, incluso de estos colectivos o “grupos”, en la nomenclatura de este autor.

²⁷⁷ Cfr. artículo 24 de la Constitución de Colombia; artículo 32 de la Constitución de Costa Rica; artículo 23 N° 15 de la Constitución de Ecuador, etc.

²⁷⁸ Cfr. STERN (1988), pp. 1064 y ss.

²⁷⁹ Una hipótesis parecida se resuelve en la sentencia del Tribunal Constitucional español N° 154/2002, en que el menor se niega a una transfusión por convicciones religiosas; sus padres, de la misma religión, no lo influyen ni positiva ni negativamente. El menor muere y los padres son perseguidos por responsabilidad criminal. La relevancia del caso estaba dada precisamente por esta persecución penal contra los padres: el amparo se intenta para que se garantice a los recurrentes “...en los derechos que se garantizan en los artículos 16.1 y 15 de la Constitución Española... y en consecuencia queden exonerados

dad jurídica. Del mismo modo, se asegura a la familia –aun cuando en conexión con uno de sus integrantes– el respeto y protección a la vida privada y a la honra (artículo 19 N° 4); se consagra el derecho de las organizaciones sindicales, en cuanto colectivos carentes de personalidad jurídica, al reconocimiento de su personalidad jurídica por el solo registro previsto en el artículo 19 N° 19 i. II.

En contraste, afirmar la titularidad de derechos constitucionales de la persona moral resulta críptico en otros casos. Así, por ejemplo, si una colectividad no cuenta con personalidad jurídica, los bienes que posea sólo podrán estar adscritos sus integrantes bajo la modalidad de copropiedad, o bien en propiedad individual puesta a disposición del grupo. Siendo así, ¿cómo podría, por ejemplo, alegar una lesión al derecho de propiedad la colectividad que no goza de personalidad jurídica? ¿Cómo distinguir las peticiones de un colectivo sin personalidad jurídica, de una pluralidad de peticiones individuales, o bien de la petición singular respaldada por mandatos civiles, o bien de una petición singular a nombre de otros, pero sin respaldo jurídico alguno?

Por su parte, la misma Carta parece descartar una protección, sin más, de los colectivos carentes de personalidad jurídica. Es así como, aun cuando la referencia expresa a las personas jurídicas es excepcional, si la contempla el artículo 19 N° 12, i. III y N° 24 i. VI; sin referirse, en estas disposiciones, a entidades que no sean personas para el derecho. No en balde la existencia de la persona moral es una cuestión de hecho, ya que precisamente es la adquisición de la personalidad jurídica la que permite al derecho una distinción válida entre los integrantes de una asociación y esta misma asociación considerada como un distinto sujeto de derechos. Quienes sostienen de manera general la titularidad de derechos de las personas morales, se ven enfrentados a la disposición del inciso III del artículo 19 N° 12 sin poder justificar la exclusión. En efecto, si se aceptara la idea de que las personas morales son titulares de derechos fundamentales constitucionales, no se ve razón alguna que explique por qué se ven excluidas de un precepto que comprende los dos extremos del continuo en cuyo medio podrían situarse: personas naturales singulares –colectivos de personas naturales sin personalidad jurídica– personas jurídicas. El que la referida disposición sólo mencione a las personas naturales y a las personas jurídicas en un derecho que justamente podría ser útil para los colectivos carentes de personalidad jurídica –el derecho a responder o rectificar informaciones erróneas sobre el grupo mismo– es indicativo de una sistemática constitucional en que la regla general no es, precisamente, la titularidad de derechos fundamentales constitucionales por las personas morales.

A todo lo dicho se suma que la trascendencia del reconocimiento de titularidad a las personas morales es menor. Por un lado, se encuentran desde ya sujetas

a la restricción que afecta también a las personas jurídicas, en el sentido de que no podría predicarse una titularidad como regla general, sino con carácter excepcional, sólo respecto de algunos derechos. Si descontamos aquellos que expresamente aluden a colectivos sin personalidad jurídica, y examinamos la lista restante, vemos que se excluyen, por su propia naturaleza, los derechos de los numerales 1°, 7°, 8°, 9°, 10°, 12°, 16°, 17°, 18° y 20° del artículo 19. Respecto de los numerales asociados al derecho de propiedad, vale la prevención hecha anteriormente en el sentido que, desde la perspectiva del derecho de libertad para acceder al dominio, y del de propiedad, la titularidad siempre será individual, bajo la modalidad de propiedad singular, o de alícuota en casos de propiedad común. Parece cuestionable el reconocimiento del derecho a desarrollar una actividad económica a un grupo, como entidad distinta a los individuos que emprendan la respectiva actividad. Por su parte, los derechos de igualdad (artículo 19 N° 2, N° 22) sólo podrían ser lesionados por una discriminación arbitraria. Y resulta difícil imaginar un criterio de discriminación que pueda ser calificado de arbitrario respecto de una persona moral y no lo sea respecto de los individuos que la componen. Podrá decirse que éste es el caso en que, por ejemplo, la ley establezca ciertos beneficios para determinados grupos y no para otros. Pero, en este caso, no se trata de que el respectivo grupo sea titular de un especial derecho, sino simplemente que el principio de igualdad, como exigencia objetiva a la configuración del ordenamiento jurídico, ha sido transgredido, pudiendo pensarse igualmente en casos en que la ley logra establecer diferencias razonables entre distintos grupos.

En el ámbito del artículo 19 N° 3, puede considerarse que la protección procesal adquiera relevancia para agrupaciones sin personalidad jurídica: pero la cuestión en ese caso no está dada por la titularidad del derecho a tutela judicial, sino de los intereses o derechos a los cuales el ordenamiento jurídico (subconstitucional) ha dotado con especiales reglas de legitimación activa.

Por último, y en una dimensión sustancialmente distinta, podría incluirse dentro de esta discusión la posición de los grupos intermedios. Sin embargo, de la específica autonomía que se les otorga y las restricciones a las que los somete la Constitución parece desprenderse que el tratamiento de los grupos intermedios no se encuentra imbricado dentro del sistema de derechos fundamentales en nuestra Carta.

§ 46. PERSONAS JURÍDICAS

La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es una cuestión discutida. Si, primariamente, se les otorga a los derechos fundamentales el carácter de derechos innatos, y se les vincula de manera directa a la noción de dignidad humana, no es posible afirmar, con carácter general, que las específicas

formas de colaboración individual a las que el ordenamiento otorga el carácter de personas jurídicas gozan, ellas mismas, en cuanto tales personas jurídicas, de derechos fundamentales. Nuestras disposiciones constitucionales ofrecen una constelación de preceptos que da cuenta de una visión de los derechos constitucionales como derechos reconocidos a los individuos; la relación del artículo 19 con las disposiciones del artículo 1º, inciso I, en que se alude a derechos innatos de las personas, y del artículo 5º inciso II, en que se alude a los derechos que emanan de la naturaleza humana, son fuertes argumentos a favor de restringir la titularidad de los derechos constitucionales a los individuos de la especie humana.

De acuerdo a lo anterior, puede sostenerse que el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter excepcional, y requiere de una justificación particular. Ésta debe ser estructurada a partir de una distinción fundamental, entre personas jurídicas de derecho privado, y personas jurídicas de derecho público dotadas de potestades públicas. Incluso en aquellos países donde se discute la posible titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, existe una disposición a aceptar a las personas jurídicas de derecho privado como titulares, aun cuando de un espectro restringido de derechos, y a excluir de esta calidad a las personas jurídicas de derecho público, al menos aquellas que ejercen potestades públicas. Y esto tiene una razón que también es válida para nuestro sistema constitucional, y que radica en la relación existente entre el concepto y la función de los derechos fundamentales y la distinción entre personas jurídicas de derecho privado, y de derecho público dotadas de potestades, desde el punto de vista de su origen y función. Así, puede sostenerse que, por regla general, las personas jurídicas de derecho privado son proyecciones del actuar de los individuos, bajo formas complejas puestas a su disposición por el ordenamiento jurídico pero, y en todo caso, como instrumento para el desarrollo de sus propios fines. En cambio, las personas jurídicas de derecho público creadas para el ejercicio del poder público son precisamente las destinatarias de las normas de protección de los derechos fundamentales; son estas entidades las que deben respetar estos derechos (artículo 5º i. II), resultando difícil aceptar que, al mismo tiempo, adquieran la calidad de titulares de los mismos.

El problema no surge en Chile de una específica disposición como la existente en la *Ley Fundamental de Bonn*, que se refiere expresamente al punto en su artículo 19, i. III²⁸¹, o la *Constitución de Portugal* en su artículo 12. i. I²⁸², sino que

²⁸¹ "Estos derechos rigen también para personas jurídicas nacionales, en cuanto les sean aplicables según su naturaleza".

²⁸² "Las personas colectivas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza".

sigue una evolución similar a la española²⁸³, en que se desarrolla a partir de la legitimación activa para interponer acciones de amparo constitucional. En nuestro país, y sobre la base del enunciado inicial del artículo 19 ("La Constitución asegura a todas las personas"), del de legitimación activa genérica del artículo 20 ("El que...") y de la regla de no distinción traspasada del derecho civil (allí donde el legislador no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir²⁸⁴), se ha hecho casi un lugar común la afirmación de que los derechos contenidos en el artículo 19 deben ser reconocidos, dentro de sus posibilidades, al menos dentro del contexto del recurso de protección, a las personas jurídicas en general; ocasionalmente, en extensión de la titularidad de los derechos constitucionales reconocidos a las personas morales²⁸⁵. Por otro lado, es importante destacar que esta jurisprudencia no se ha limitado a reconocer derechos a las personas jurídicas de derecho privado, sino que ha hecho extensivo este reconocimiento a las personas de derecho público²⁸⁶.

Esta posición no parece recomendable desde la perspectiva de una dogmática desarrollada a partir de la premisa de que los derechos son, ante todo, atributos de los individuos frente al poder, y que su reconocimiento a las personas jurídicas, como se ha dicho, es excepcional y reclama una especial justificación. Es importante reiterar que la estructura de la regulación iusfundamental en nuestra carta no permite predicar la aplicación irrestricta del artículo 19 a las personas jurídicas. Cuando ello se afirma, suele hacerse de manera superficial, sin un análisis de la estructura del artículo 19. Ello, unido a la circunstancia de que los mismos que afirman esta titularidad aceptan que ella no es aplicable a todos los derechos, hace necesario refinar dicho análisis. La categoría dogmática más adecuada para ello parece ser la de los elementos subjetivos de la tipicidad iusfundamental, esto es, aquella que involucra, dentro del mismo ámbito protegido, ciertos elementos que permiten discriminar a los sujetos cubiertos por el respectivo tipo de derecho fundamental. De este modo, aparte de los casos en que el propio texto constitucional reconoce la titularidad de derechos a personas jurídicas, ésta resulta en otros casos del contenido de la protección del respectivo derecho. Así, por ejem-

²⁸³ Según lo expone GÓMEZ MONTORO (2002), p. 51.

²⁸⁴ Principio interpretativo que es discutible en sede constitucional. Cfr. el considerando 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2001, rol 325.

²⁸⁵ NÚÑEZ POBLETE (2001), p. 203.

²⁸⁶ Por ejemplo, los fallos en Seremi de Bienes Nacionales con alcalde de Penco, sentencia de la Corte Suprema de 12.12.1990, y alcalde Municipalidad de Arica contra juez del Primer Juzgado de Arica, sentencia de la Corte Suprema de 21.10.1997.

plo, de un adecuado tratamiento del contenido protegido de la libertad religiosa se desprende su carácter originalmente corporativo y que, por tanto, desde sus inicios, apunta a la protección de colectivos, cuenten o no con personalidad jurídica, y en este caso, sea ella de derecho público o de derecho privado. Aunque el texto de nuestra Constitución recogiese sólo una referencia a la libertad religiosa, el *ius erigendi* no podría ser alegado por individuos aislados, en cuanto su contenido protectivo se otorga, en razón de los elementos personales de la tipicidad iusfundamental, a las confesiones o grupos religiosos, pero no a individuos.

Se llega así a una conclusión similar a aquella que cuenta con reconocimiento positivo en los casos señalados de Alemania y Portugal: la extensión de los derechos constitucionales a personas jurídicas es una cuestión que dependerá de la estructura misma del derecho de que se trate. Por otro lado, según algún autor, la naturaleza de la persona jurídica de que se trate determina qué derechos puede titularizar: por ejemplo, carecería de sentido discutir la titularidad de la libertad religiosa para un sindicato²⁸⁷.

El carácter excepcional del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales para personas jurídicas conduce a la conclusión de que, en principio, ellas no son titulares de derechos fundamentales, y que este reconocimiento se hace simplemente por razones instrumentales. De paso, se abre la discusión sobre el carácter de los derechos que, se sostiene, son aplicables a las personas jurídicas, ya que, en principio, esta afirmación es indicativa de que dichos derechos no se vinculan de manera necesaria a la sustancia de la individualidad humana.

Sin embargo, con lo dicho anteriormente no queda resuelta la cuestión de la titularidad iusfundamental de personas jurídicas de derecho público que ejercen potestades públicas. Resulta incompatible con el Estado de Derecho otorgar al Estado la posibilidad de atribuirse, a través de sus mismos órganos (v.g.: jurisdiccionales), facultades o ámbitos de protección que reconoce como innatos o consustanciales a los individuos, o bien que defiende como proyección de su desarrollo en el ámbito jurídico (personas jurídicas de derecho privado). El propio texto constitucional regula la habilitación constitucional al Estado, dentro del Capítulo III, de manera excepcional (artículo 19 N° 12 i. V, artículo 19 N° 21 i. II, 19 N° 24 i. VI), lo que constituye al menos un indicio bastante fuerte en el sentido que la Constitución no reconoce como regla general una titularidad estatal en materia

de derechos constitucionales. Por otro lado, la reclamación de un derecho fundamental constitucional afectado por parte de un órgano del Estado plantea serias objeciones desde el punto de vista del principio de juridicidad, en la medida en que tendría que entenderse que los derechos constitucionales que se aleguen lesionados pasan a incorporarse a las competencias (al menos, desde la perspectiva de su actuación procesal) del respectivo órgano²⁸⁸. Esta incorporación en bloque parece no satisfacer la exigencia de atribución *expresa* de autoridad o derechos prevista en el artículo 7° i. II de nuestra Constitución. En Chile, esta cuestión es de una importancia práctica de primera línea, en cuanto se ha acogido el alegato de infracción al debido proceso como causa de nulidad de los juicios orales en lo criminal, por lesión a derechos fundamentales, de parte del Ministerio Público, alterando así la lógica del proceso penal.

Un tratamiento diferenciado puede darse a las entidades a las que se les reconoce personalidad jurídica de derecho público para el cumplimiento de fines que son proyección del desarrollo individual o que, al menos, aparecen como opuestos al desarrollo del poder estatal, en el sentido de generar espacios de autonomía individual o grupal²⁸⁹. El mejor ejemplo lo constituye el reconocimiento de la personalidad jurídica de derecho público a las iglesias Católica y Ortodoxa. Podría incluirse aquí también la personalidad de derecho público, que la ley N° 19.638 reconoce, en su artículo 10 i. final, a las entidades religiosas que cumplan con los procedimientos previstos por dicha ley, aun cuando en rigor de derecho público sólo tiene el nombre. En el pasado, pudo reconocerse este carácter al colegio de abogados.

En el derecho comparado, por último, se discute si las autonomías administrativas otorgadas a las corporaciones territoriales (en Chile, municipalidades, gobiernos regionales) se justifican, precisamente, en oposición a la administración

²⁸⁸ "...el Estado u otra persona jurídica de Derecho público no puede acogerse al contenido de un derecho fundamental para ampliar su ámbito de competencias, superando la habilitación legal correspondiente" LASAGABASTER (1991), p. 666.

²⁸⁹ En un artículo publicado con anterioridad a esta obra (*La titularidad de los derechos fundamentales*, en Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, N° 1, 2004, pp. 187 a 201) sostuve que las personas jurídicas de derecho público siempre son creaciones de un acto de potestad estatal (y no del mero reconocimiento de voluntades individuales que cumplen con los requisitos del ordenamiento para adquirir personalidad jurídica) y, por tanto, y en esa calidad, no pueden vincularse al desarrollo de fines individuales. Me parece que este punto de partida fue erróneo, en cuanto confundía un tema de fuentes como marco regulatorio de la persona jurídica, con una cuestión distinta, que es la de su naturaleza. Es perfectamente posible que personas jurídicas de derecho público se vinculen al desarrollo de fines individuales, como por ejemplo, las instituciones religiosas y las universidades.

²⁸⁷ LASAGABASTER (1991), p. 660: "Una asociación sindical no titulariza el derecho a la libertad religiosa o una sociedad anónima el de asociación. Como creación de la voluntad que son, su funcionalidad debe limitarse a actuar en el ámbito de los derechos para los que han sido creadas, no pudiendo actuar en ninguno más".

estatal, y pueden motivar, en consecuencia, una legítima discusión sobre su titularidad de derechos fundamentales, al menos respecto del poder estatal (central). No es inusual encontrar en este contexto, dentro del tratamiento de los derechos fundamentales, la garantía de autonomía que usualmente se reconoce a las municipalidades, y que en nuestra Constitución encuentra sustento en el concepto de municipalidad del artículo 118 i. IV, y en el expreso reconocimiento de la autonomía financiera, en el artículo 122.

§ 47. TITULARIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

Una cuestión íntimamente asociada a la de la titularidad de los derechos fundamentales y que no ha sido planteada de manera sistemática, a pesar de su importancia, en especial a nivel de recurso de protección, es la relativa a la distinción entre titularidad de los derechos fundamentales y legitimación activa para su defensa. Esto porque la evolución jurisprudencial tiende a vaciar de sentido la idea de titularidad desde el momento que reconoce, a la legitimación activa para provocar su defensa, una preeminencia por sobre la característica más relevante de la titularidad, cual es la facultad del titular para decidir sobre el ejercicio de su propio derecho. Si un tribunal acoge un recurso de protección deducido en favor de un huelguista de hambre por la autoridad pública, podrá aparecer en un primer momento que lo que existe es protección del derecho en contra de la voluntad de su titular²⁹⁰. Pero, examinada más a fondo la situación, lo que se ha hecho es privar al titular de su condición de tal, desde el momento en que ya no se encuentra en condiciones de decidir sobre el ejercicio de su derecho. Sería interesante plantear aquí la cuestión de si la intervención procesal de cualquier sujeto ejerciendo la acción de protección en beneficio de un tercero no requiere de acreditar un interés legítimo, el que debería estimarse inexistente cuando la acción va encaminada a enervar la opción que sobre su ejercicio haya tomado el propio titular de tal derecho²⁹¹.

²⁹⁰ Idea que, por lo demás, obedece a una consecuencia extrema de la noción que concibe los derechos fundamentales como valores y que puede, por tanto, darles sustancia como “bienes” apreciables de manera separada del individuo respecto del cual se predicen.

²⁹¹ La íntima relación entre la noción de interés legítimo y titularidad de los derechos fundamentales se demuestra en la circunstancia de que, en España, el tema de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas se ha planteado a partir del único soporte normativo del artículo 162.1 b) de la Constitución Española, que habilita para interponer el recurso de amparo a toda persona física y jurídica que invoque un interés legítimo. Sin embargo, precisamente a partir de este precepto es que se enfatiza la necesidad de distinguir entre “interés legítimo” y “titularidad” de derechos fundamentales; y, en el elenco conceptual del derecho procesal español, entre “interés legítimo” e “interés directo”. Cfr. al respecto LASAGABASTER (1991), p. 655, y GÓMEZ MONTORO (2002), pp. 62 y ss.

§ 48. RENUNCIA DE LOS DERECHOS

Lo anterior lleva necesariamente a plantear si es posible la renuncia en el ámbito de los derechos constitucionales. Para la repuesta a este punto es necesario realizar una distinción fundamental. En cuanto al derecho mismo, resulta evidente que no es posible su renuncia como acto abdicativo que separe al derecho de su titular: no existe la posibilidad de un acto jurídicamente válido en virtud del cual una persona renuncie a su derecho a la vida de tal manera que, bajo la vigencia de la Carta, esa persona en particular siga viva, pero sin la protección del artículo 19 N° 1. Sin embargo, una cuestión radicalmente distinta es la relativa al ejercicio de un derecho. Forma parte del contenido mismo de las libertades, el que su titular pueda no hacer ejercicio de ellas hasta el punto de desprenderse de su contenido. Cosa similar ocurre con los derechos en sentido estricto, que siguen la estructura de derechos de libertad como ocurre, por ejemplo, cuando un individuo llega a desprenderse de todos los bienes que tiene en su patrimonio, aunque éste permanezca como atributo ideal. Es igualmente lícito que el titular de un derecho fundamental, dentro de su libertad, autolimite sus derechos, en términos, por ejemplo, de asumir consecuencias para el caso de realizar una actividad económica que se ha comprometido a no desarrollar²⁹². Lo que protege la Constitución es al titular de un derecho frente a intromisiones en su ejercicio, pero no le impone una modalidad específica de este ejercicio. De esta manera, debe denunciarse como impropia y contraria a la vigencia de los derechos fundamentales un enfoque que pretende “asegurar” ciertos derechos en contra de las decisiones sobre su ejercicio tomadas por sus propios titulares²⁹³. Esto, además, por un fundamento que va más allá del análisis de la naturaleza y función de los derechos fundamentales. Cualquiera sea el derecho que se pretende proteger en contra del ejercicio de la libertad de su titular, la “protección” significará una restricción de esa liber-

²⁹² Esto, sin perjuicio de las consideraciones que pueden derivarse de la noción de orden público (jurídico) en el ámbito del derecho privado, considerada en todo caso como una categoría propia (y autónoma, en relación con el derecho constitucional) de la respectiva disciplina.

²⁹³ En el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 64/1988, se expresa: “Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son genuinos derechos subjetivos y por consiguiente, situaciones de poder, puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen libremente sus propios intereses. El ejercicio de un derecho subjetivo es siempre libre para el sujeto favorecido. No empece a lo dicho el hecho de que en materia de derechos fundamentales se reconozca la posibilidad del ejercicio de los mismos a determinados órganos públicos..., pues tal forma de ejercicio se produce por vía de sustitución y se trata siempre de un ejercicio al servicio del propio interesado que no puede ser nunca utilizado en contra de la voluntad de éste”. Citado por LASAGABASTER (1991), p. 665.

tad. Por esta vía el individuo deja de ser señor del orden de sus prioridades éticas, y pasa a regir sobre ese orden el órgano estatal que decidirá sobre ellos –por ejemplo, el tribunal que ordena la alimentación forzosa de un huelguista de hambre. Ello implica que se priva a la persona de su facultad de autodeterminación ética, misma que es uno de elementos constitutivos de la dignidad de la persona.

DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO IX EL CONTENIDO NORMATIVO OBJETIVO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Cuando se habla del contenido normativo objetivo de los derechos fundamentales se alude a la función normativa que éstos cumplen desvinculados de las posiciones iusfundamentales de carácter subjetivo, esto es, de aquellas que puedan alegar los respectivos titulares de los derechos. El contenido normativo objetivo devela, entonces, la dimensión de los derechos fundamentales como norma general y abstracta con incidencia en la configuración del ordenamiento jurídico subconstitucional. Si bien esta función de los derechos fundamentales se asocia, a partir de la segunda mitad del siglo XX con la concepción de los derechos fundamentales como valores, y más precisamente, como un orden objetivo de valores, según la expresión acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y que se ha vuelto de uso común, su origen se encuentra en la naturaleza misma de las primeras declaraciones de derecho fundamentales en el espacio jurídico continental, y, en la doctrina, en la teoría de la integración de Rudolf Smend y en la de las garantías institucionales y de instituto desarrollada en la primera mitad de ese siglo en la iuspublicística alemana, en particular por Carl Schmitt.

§ 49. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ORDEN OBJETIVO DE VALORES

La idea de Constitución como orden de valores se plantea por primera vez en la iuspublicística alemana en un contexto histórico cuya explicación resulta imprescindible para entender el sentido de esta referencia. Alcanzada la unidad estatal muy tardíamente (1871), el Imperio Alemán no había tenido la oportunidad de consolidarse institucionalmente cuando se ve expuesto a la derrota de la Primera Guerra Mundial. La *Constitución de Weimar* es uno más de otros tantos hitos en la historia alemana, tendente a lograr, entre otras cosas, unidad a través del derecho²⁹⁴. Es este carácter el que resalta Rudolf Smend en la década de 1920,

²⁹⁴ Ver, respecto de esta afirmación, la obra de Francisco SOSA WAGNER (2002) y (2004).

cuando desarrolla su idea de la función de integración que cumple la constitución. Según Smend, ella es la base del derecho público, que tiene por objeto la totalidad de las instituciones y funciones a través de las cuales se funda y expresa la voluntad del Estado como unidad²⁹⁵. Justamente a través de la constitución fluiría el permanente curso de integración estatal, integración que se desarrolla en procesos espirituales (*geistige Vorgänge*), y que consistiría en ordenar estos procesos en su contexto de significado, como concreción de la naturaleza valórica del espíritu²⁹⁶. Aun cuando con fuertes críticas iniciales, el rápido quiebre de la República de Weimar impidió el análisis científico de la postura de Smend. Y cuando Alemania es derrotada en 1945, y empieza a buscar los cimientos jurídicos y culturales para su reconstrucción institucional, no es extraño que el trauma de la guerra y de las atrocidades del nacionalsocialismo produzca un fuerte movimiento a favor de los valores, retorno filosófico que llegará también al campo de los derechos fundamentales consagrados en la *Ley Fundamental de Bonn*²⁹⁷, de la mano de la teoría de la integración de Smend.

Esta *Ley Fundamental*, sobre cuya base nace la doctrina de los derechos como principios objetivos del ordenamiento jurídico, y la del efecto horizontal de los derechos fundamentales (vid. infra §§ 56-59), presenta diversos preceptos que son claves para entender el desarrollo dogmático de estas figuras. En primer lugar, el reconocimiento a la dignidad humana y el deber de respetarla y protegerla, que recae sobre todo poder público; y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, contenidos en su artículo 1, incisos I y II; asimismo, el inciso III de este artículo que señala que los derechos fundamentales vinculan directamente, y como derecho vigente al legislativo, ejecutivo y poder judicial²⁹⁸. El artículo 19 i. IV otorga derecho a resistencia por lesión a los derechos fundamentales por parte del poder público. El artículo 93, inciso, IV lit.[a], otorga derecho a queja (amparo) constitucional, ante el Tribunal Constitucional Federal, por lesión a derechos fundamentales por parte del poder público.

²⁹⁵ SMEND (1955), p. 82.

²⁹⁶ “*Einordnung in ihren Sinnzusammenhang als Verwirklichung der Wertgesetzlichkeit des Geistes*”, SMEND (1968), p. 141

²⁹⁷ La denominación es propia de la acuciosidad germánica. En estricto rigor, la *Ley Fundamental* fue la constitución de Alemania Federal, y funge hoy como constitución de Alemania. En su nacimiento, sin embargo, se optó por esta denominación ya que no era la carta fundamental de todo el Estado alemán, del que por ese entonces quedaba excluida la parte de Alemania sometida a control soviético (República Democrática Alemana). Implicaba en su origen, también, un carácter transitorio a la espera de una constitución adoptada libremente por todo el pueblo alemán.

²⁹⁸ “*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*”.

Sobre esta base normativa, y en continuidad con algunas ideas del siglo XIX, se plantea que los derechos fundamentales no sólo rigen respecto del Estado, sino también entre particulares. H.C. Nipperdey sostiene que junto con una serie de derechos que sólo vinculan a los poderes públicos, existen normas de derechos fundamentales destinadas a proteger un ámbito de libertad no sólo respecto del Estado, sino también respecto de los poderes sociales, grupos y organizaciones cuyo poderío amenaza la libertad del individuo aislado. Estas normas tendrían un efecto directo en el tráfico entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung*). Nipperdey preside el Tribunal Federal del Trabajo en 1954, cuando éste se pronuncia por una aplicación inmediata de las disposiciones de la *Ley Fundamental de Bonn*, calificando a los derechos fundamentales como “normas constitutivas del orden público del Estado”. Ese mismo año, la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*) se pliega a este criterio.

El 15 de enero de 1958, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal emite su fallo en el caso Lüth, en un procedimiento de amparo o queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). La situación fue la siguiente: en 1950, un miembro del directorio del Club de la Prensa de Hamburgo, el señor Lüth, llama a un boicot en contra de una película dirigida por Veit Harland, a quien se consideraba uno de los principales directores y guionistas al servicio de la propaganda nazi. La empresa cinematográfica obtiene del tribunal del Estado federado de Hamburgo una orden sobre la base del artículo 826 del Código Civil Alemán (BGB). El artículo 826 BGB señala que es obligado a la reparación del daño quien a sabiendas causa daño a otro a través de un comportamiento “contrario a las buenas costumbres” (*gegen die guten Sitten*). Sobre esta base, un tribunal puede ordenar la abstención del comportamiento que es calificado como contrario a las buenas costumbres, cosa que el tribunal del Estado federado de Hamburgo hace respecto del llamado a boicot de Lüth. Contra esta sentencia, Lüth presenta ante el Tribunal Constitucional Federal una acción de queja constitucional por lesión de su derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 5 de la *Ley Fundamental de Bonn*.

El Tribunal Constitucional acoge la queja, fundándose en la circunstancia que, al interpretar el artículo 826 BGB, el tribunal del Estado federado de Hamburgo ha desconocido el efecto que el artículo 5 de la *Ley Fundamental* tiene como norma. El planteamiento del problema por parte del Tribunal Constitucional es particularmente interesante: señala que el fallo del tribunal de Hamburgo sólo lesiona el derecho contemplado en el artículo 5 i I de la *Ley Fundamental*, sobre libertad de expresión, en la medida en que las normas de derecho civil aplicadas

han sido influenciadas en su contenido de tal manera –por la omisión en considerar la disposición del art 5–, que ellas no permiten sustentar el fallo en el orden dispuesto por la *Ley Fundamental*.

El Tribunal Constitucional Federal sostiene que las disposiciones sobre derechos fundamentales, si bien dirigidas en primera línea contra los actos de los órganos del Estado, establecen también un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*)²⁹⁹; y, que en esta calidad, el sistema de valores (*Wertsystem*) debe ser reconocido como decisión fundamental para todos los ámbitos del derecho: tanto el legislativo, como la administración y judicatura recibirían de este sistema sus directrices e impulso. Siendo así, naturalmente se vería influenciado el derecho civil, cuyos preceptos no pueden encontrarse en contradicción con este sistema de valores, y todas sus disposiciones deben interpretarse de acuerdo con su espíritu. El contenido normativo de los derechos fundamentales como preceptos objetivos se desarrolla en el ámbito del derecho privado a través de las disposiciones legislativas vigentes en este ámbito. El conflicto entre particulares, sobre esta base, sigue siendo un conflicto de derecho privado, pero debe ser resuelto aplicando la ley en conformidad con el sistema de valores dispuesto por la *Ley Fundamental*. Señala el Tribunal:

“La influencia de los estándares de derechos fundamentales se hace efectiva principalmente en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, esto es, de los principios que en razón del bien común son vinculantes incluso para la configuración de las relaciones entre particulares y, por tanto, son excluidos de la autonomía de la voluntad. Estas disposiciones tienen por su finalidad una cercanía con el derecho público, al que se pliegan, complementándolo. Esto las expone en una especial medida a la influencia del derecho constitucional. A la jurisdicción se le ofrecen como oportunidades de concreción, en particular, las cláusulas generales las que, como en el caso del artículo 826, remiten el juzgamiento del comportamiento humano a criterios externos al derecho civil, y más, a criterios extrajurídicos, como lo son las buenas costumbres. Ya que en la decisión sobre lo que las prescripciones sociales exigen en cada caso, debe tomarse como punto de partida el conjunto de representaciones valóricas que un pueblo ha alcanzado en un determinado punto de su evolución espiritual y cultural, y que ha fijado en su constitución. Es por esto que las cláusulas generales han sido acertadamente calificadas como las zonas de fractura a través de las cuales los derechos fundamentales penetran en el derecho civil. (Dürrig en Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, volumen II, p. 525)”.

Habría que señalar que, en este caso, la referencia al orden de valores fue particularmente favorecida porque la expresión que estaba en juego en el Código Civil alemán era un estándar (*die guten Sitten*) que, etimológicamente, alude a un componente moral algo más exigente –en términos éticos– que la noción de “buenas costumbres” en el castellano actual.

²⁹⁹ En conexión con los ya mencionados postulados de la teoría de la integración de SMEND (1968).

§ 50. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y LAS GARANTÍAS DE INSTITUTO

1. La teoría de las garantías institucionales y de instituto

Se registra como el primero en hacer uso de la expresión “garantía de instituto” (*Institutsgarantie*) al autor alemán M. Wolff en su obra *Reichsverfassung und Eigentum* (Constitución Imperial y Propiedad) en 1923, para referirse al derecho de propiedad y al de herencia, los cuales se encontrarían protegidos³⁰⁰ en cuanto institutos jurídicos, especialmente frente al legislador. L. Waldecker aplica un término similar, en 1924, a la protección dada al estatuto funcionario³⁰¹. Pero quien da un impulso definitivo a este concepto es Carl Schmitt, quien en 1928, en su *Verfassungslehre*, hace referencia a las *garantías institucionales*³⁰², como una forma de distinguirlas de otros derechos y libertades contenidos en la segunda parte de la *Constitución de la República de Weimar*. Posteriormente, en 1931, publica un artículo denominado *Libertades y garantías institucionales de la Constitución* (*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*), en que desarrolla más prolijamente este concepto. Para comprender bien su planteamiento es necesario hacer mención a la situación doctrinaria que motiva a Schmitt a desarrollar esta idea.

Durante el período de vigencia efectiva de la *Constitución de Weimar* (1919-1933) una de las cuestiones más debatidas fue la del valor normativo de su segunda parte, la que consagraba los derechos fundamentales. A la fecha en que Schmitt desarrolla el concepto, el mismo describe el estado de la discusión como sigue³⁰³: “El tratamiento tradicional de los derechos y libertades fundamentales derivó en un dilema, que es cómodo e incisivo, pero que en el actual estado del orden jurídico debemos reconocer como un callejón sin salida. O bien se trata, en el caso de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, de un “mero programa”, y por lo mismo sin un valor jurídico positivo: son declaraciones de buenas intenciones o aforismos políticos, devotos deseos, monólogos del constituyente o como le quieran denominar las distintas y más o menos bagatelizadoras formas con que se suele aludir a ellos. O bien se encuentran los derechos fundamentales “bajo la reserva de la ley”, y se positivizan a través de la ley: en este caso se trata entonces sólo de expresiones del derecho fundamental general a la legalidad de las actuaciones de la administración, no se dirigen contra

³⁰⁰ Artículo 153 inciso I, primera frase, y artículo 154, respectivamente, de la Constitución de Weimar.

³⁰¹ Artículo 129 inc. I, tercera frase, Constitución de Weimar.

³⁰² SCHMITT (1970), p. 170.

³⁰³ Citado de SCHMITT (1973), pp. 140-141.

el legislador, sino a las autoridades que aplican la ley en la administración y el poder judicial, no afectan en ninguna medida la primacía de la ley, y por lo tanto, y puesto que dependen de la ley, son, según la expresión de Richard Thoma, irrelevantes³⁰⁴.

De lo que se trataba para Schmitt, entonces, era de dotar a las libertades y derechos consagrados en la *Constitución de Weimar* de un sentido garantístico aun frente al legislador. Para ello, distingue tres figuras. Por una parte, las “garantías institucionales de derecho público” (o “garantías de derecho público de naturaleza institucional”), dentro de las cuales sobresale la garantía de la autonomía de la administración comunal; por otro lado, las “garantías de instituto”, propias del derecho privado, y dentro de las cuales destaca, junto al matrimonio y al derecho de herencia, el derecho de propiedad; y por último, sostiene la existencia de ciertas garantías propias de los derechos de libertad (*Freiheitsrechte*, también traducidos como “libertades”) con un contenido análogo –pero en esencia distinto– al de las garantías de instituto. En las tres categorías, sin embargo, se distingue un elemento común: se trataría de la garantía del específico modo y tipo de una regulación preexistente, una especie de derecho “sobre el derecho”.

El concepto planteado por Schmitt queda en claro al analizar las dos primeras categorías. Una garantía institucional supone la existencia de una institución, esto es, una entidad (estructura, *Einrichtung*³⁰⁵) formada y organizada por el derecho público, y por ello delimitable y distinguible. En el caso de la garantía institucional de la autonomía administrativa comunal del artículo 127 de la *Constitución de Weimar*, señala Schmitt, existen, además, sujetos de derecho público autónomos como titulares de la respectiva institución, lo que la hace claramente distinguible y determinable³⁰⁶. El sentido de una tal garantía sería sustraer de la competencia del legislador la facultad de eliminar la institución de la autonomía administrativa comunal; no privarlo de la facultad de regularla, pero sí limitar esta facultad, de tal manera que siempre pueda distinguirse un núcleo que pueda razonablemente identificarse como autonomía administrativa comunal³⁰⁷.

³⁰⁴ O “vacíos”: la expresión usada en alemán es “*leerlaufend*”, que significa textualmente: “van al vacío”, “se quedan sin contenido”. PAREJO (1981), p. 19, propone como traducción “remitentes al vacío”.

³⁰⁵ La traducción de *Einrichtung* no es del todo feliz con la palabra “entidad”: pero reconozco mi limitación al traspasar al castellano este término, cuyo campo semántico cubre también las ideas de “estructura”, “organización”, “institución” y “establecimiento”.

³⁰⁶ SCHMITT (1973), p. 149.

³⁰⁷ SCHMITT (1973) citando a Richard Thoma, autor de peso en la doctrina alemana de ese tiempo –y aún hoy en muchos sentidos–: “...Thoma señala que las disposiciones legales relativas a autonomía administrativa comunal no pueden llegar tan lejos que aniquilen el instituto de esta autonomía: a pesar de todas las restricciones legales ‘debe conservarse un resto que todavía pueda hacerse valer como autonomía administrativa comunal’...”.

El concepto de garantía institucional en este sentido supondría la existencia de una verdadera garantía constitucional. Pero adicionalmente, señala Schmitt, “...supone un objeto de esta garantía, configurado de una determinada manera, una institución, ya que de lo contrario no podríamos hablar de una garantía institucional. Este tipo de garantía se refiere siempre a algo actual, presente, formado y organizado, existente y disponible. En esta medida radica en ella la garantía de un determinado estado y una situación normativa existente, y contiene elementos de una garantía de *status quo*”³⁰⁸. La diferencia con las garantías constitucionales que “congelan” una situación jurídica a la entrada en vigencia de la Constitución, y que en esta medida son verdaderas garantías de *status quo*, estribaría en que estas últimas impiden toda intervención del legislador que implique una modificación de la regulación jurídica. En cambio, las garantías institucionales sólo tienden a conservar el núcleo de la respectiva institución. Es sobre esta construcción teórica, y la referida a las garantías de instituto que se analiza más abajo, y derivada de la situación doctrinaria arriba descrita, es que en la doctrina alemana se desarrolla la teoría de la “esencia de los derechos”, que pasa a la *Ley Fundamental de Bonn* de 1948 (artículo 19), y que fuera recogida –sin mención a este contexto– por el constituyente chileno de 1980.

La segunda categoría corresponde a lo que Schmitt llama las “garantías de instituto” (*Institutsgarantien*). Menciona aquí Schmitt el derecho de herencia y el matrimonio, para concentrarse después en la garantía a la propiedad. Es a partir de este análisis donde puede apreciarse con claridad la dimensión objetiva del respectivo derecho, separada de su faz subjetiva. En efecto, Schmitt distingue entre la propiedad como instituto jurídico –como el conjunto de reglas jurídicas que configuran ese poder de dominio sobre los bienes corporales desarrollado y perfilado desde el derecho romano– y la concepción de la garantía a la propiedad como la protección a todos los derechos de contenido patrimonial que puedan corresponder a un individuo. En párrafos de su *Teoría de la Constitución* describe la dualidad desarrollada por la doctrina a partir del precepto constitucional del artículo 153 i. I de la *Constitución de Weimar* que protege a la propiedad³⁰⁹, y que puede resumirse en la contraposición entre “propiedad-regulación jurídica” de las facultades sobre bienes corporales (faz objetiva del derecho fundamental de la propiedad) y “propiedad-protección a la esfera patrimonial del individuo” (faz subjetiva del derecho fundamental de la propiedad):

³⁰⁸ SCHMITT (1973), p. 155.

³⁰⁹ Artículo 153 de la Constitución de Weimar, inciso I: “La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes”.

Dentro de las garantías de instituto que se encuentran reconocidas en la literatura sobre derecho constitucional, junto a la garantía del derecho de herencia en el artículo 154 (...) es de gran interés científico sobre todo la garantía de la propiedad como instituto jurídico en el artículo 153, tanto por su contenido como por el reconocimiento generalizado e indisputado de que goza. En el por lo demás controvertido y lleno de interrogantes artículo 153 parece existir acuerdo sólo en un punto, a saber, que este artículo consagra una garantía de instituto. Como el primero en reconocer y destacar esta garantía de instituto puede ser estimado Martin Wolff en su artículo *Constitución y Propiedad*. H. Triepel le ha seguido con toda la autoridad de su opinión, en cuanto en su *Informe en Derecho sobre Ordenanzas de Balance en Oro y de las acciones preferentes*, en 1924 explica (pág. 25): “La propiedad es inviolable. Con esta lapidaria oración se dice que la Constitución quiere colocar bajo su protección y asegurar frente a cualquier ataque por parte del poder estatal, tanto la propiedad como instituto jurídico, como los derechos privados de cada sujeto de derecho en concreto, existentes y que puedan nacer” (...).

Es doctrina dominante, que todos los derechos privados patrimoniales (según Schelcher, incluso sin distinción de la esfera iusprivada y la iuspública, todos sin distinción) caen bajo el concepto de propiedad del artículo 153. Dice Triepel: “Todo el artículo 153, y por lo tanto también su inciso II, quiere colocar los derechos patrimoniales privados en su totalidad bajo la protección de la Constitución”. Fundamenta su aseveración en que propiedad y expropiación han sido siempre entendidas en este sentido, también en las antiguas constituciones que han servido de inspiración a la Constitución. En el hecho, la garantía tradicional de libertad y propiedad, de liberty y propriety, comprenden la totalidad de la esfera patrimonial del individuo, donde en todo caso queda abierto el principio de la “reserva de la ley”. La garantía constitucional a la propiedad se extiende, como lo señala el Tribunal Federal Suizo (Fallos 35, I, 571), “à tous les droits privés capables de former le patrimoine de l'individu”. De aquí que algunas de las distintas constituciones suizas hablen no sólo de “la propiedad”, sino de “la propiedad de cualquier tipo”, “toda propiedad”, “propiedad y derechos privados”, incluso de “derechos legítimamente adquiridos”, para expresar la misma garantía. Al mismo resultado, que bajo la “propiedad” se garantiza la integridad de la esfera patrimonial del individuo, conduce también la disolución del concepto de expropiación, desarrollada desde 1924 hasta sus extremos, en el artículo 153 inciso II. Esto, porque desde el momento en que cualquiera intervención estatal en la esfera patrimonial del individuo es vista como expropiación, a saber, como una expropiación que genera la obligación de indemnizar, se amplía de la misma manera –en la medida en que la expropiación aparece como negación de la propiedad– a partir del concepto de expropiación el concepto de propiedad. Si la garantía a la propiedad deviene entonces –y puesto que el interés se dirige solamente a la pretensión de indemnización– en una garantía del valor económico patrimonial, toda la esfera patrimonial del individuo es ‘propiedad’. En qué medida se justifica una tal ampliación del concepto es una pregunta en sí. En todo caso, un concepto tan amplio de la propiedad no tiene más nada que ver con el instituto jurídico de la ‘propiedad’. El instituto jurídico de la propiedad está perfilado en el § 903 BGB en forma suficientemente clara como propiedad –derecho real sobre las cosas, y se enfrenta como instituto jurídico a otros institutos jurídicos patrimoniales. Es solamente en contraposición a ellos que se individualiza como instituto jurídico. La “integridad de la esfera patrimonial” o aun tan sólo la “totalidad de todos los derechos patrimoniales” no son un instituto jurídico. Su garantía es quizás concebible, posible y deseable, pero no es una garantía de instituto. Si se puede fundar una protección de la integridad de la esfera patrimonial en el artículo 153 a partir de otras argumentaciones es, como se ha dicho, una pregunta que permanece abierta, pero ella no se deriva de la garantía de instituto. Martin Wolff ha declarado dudoso, y en última instancia ha rechazado que la garantía de instituto del artículo 153 comprenda todos los

tipos de institutos jurídicos del derecho privado patrimonial. “El sentido de la norma constitucional no puede ser que cada uno de los institutos jurídicos patrimoniales existentes, en especial cada tipo de los derechos reales, permanezca intangible”. La garantía de instituto del artículo 153 inciso I permanece en consecuencia restringida al concepto del derecho real de dominio del Derecho Civil. Por otro lado se amplía el concepto de expropiación hasta disolverlo completamente. La expropiación era y es un instituto jurídico definido y bien delimitado; sólo en esta delimitación claramente identificable puede entenderse como una confirmación y especificación de la garantía de la propiedad (así el Tribunal Federal Suizo, 37, I, 521). Si se transforma a la expropiación en una “intervención particular en la esfera de los derechos patrimoniales”, entonces cesa su existencia como instituto jurídico. Martin Wolff adhiere a determinadas características del concepto de expropiación, en especial a aquél del “desplazamiento”³¹⁰, con lo que se conserva su carácter de instituto jurídico: Paul Krückmann, a través de sus distinciones entre expropiación, requisición, confiscación, modificación de la regulación jurídica, obligación de contratar y efecto retroactivo de la ley, ha tratado de conservar al menos un específico concepto de expropiación. En los autores y en la jurisprudencia, que usan un concepto de expropiación completamente desfilado, no puede hablarse más de que la expropiación del inciso 2 del artículo 153 sea un instituto jurídico. Ella se opone como el “concepto constitucional de expropiación” al instituto jurídico de la expropiación tal como subsiste en el derecho estadual (Landesrecht). Sin embargo, y al mismo tiempo, se insiste en que el artículo 153 establece una garantía del instituto de la propiedad. Mientras que Anschütz en su *Comentario al artículo 9 de la Constitución Prusiana de 1850* no denominaba a la propiedad como instituto, sí, en cambio, a la expropiación, y en forma tanto más precisa, enfatizando que el concepto de expropiación de esta Constitución “se refiere exclusivamente al instituto jurídico de la expropiación”, hoy parece ser justamente lo contrario el caso: la expropiación deriva de ‘instituto jurídico’ a ‘todo acto de intervención estatal lesivo del patrimonio’, sea del legislativo o de la administración: sin embargo, la propiedad debe permanecer garantizada como instituto”³¹¹.

La conclusión que extrae Schmitt de estas posiciones doctrinarias es la siguiente:

“Evidentemente, junto a la garantía del instituto jurídico de la propiedad, el artículo 153 debe contener, y bajo el mismo texto constitucional, una garantía expresada con el mismo término, y que protege a todos los derechos patrimoniales privados que sea posible pensar. La interpretación actualmente dominante del artículo 153 lleva así a la conclusión que el término “propiedad” en el artículo 153 tiene múltiples significados, en la medida en que por una parte se refiere al instituto jurídico de la propiedad, el cual el legislador no puede eliminar, y por otra a todos los derechos patrimoniales, en relación a los cuales se encuentra obligado en virtud de las disposiciones relativas a la expropiación, contenidas en el inciso II”³¹².

³¹⁰ Del patrimonio privado al patrimonio público, E.A.L.

³¹¹ SCHMITT (1973), pp. 160 a 164.

³¹² SCHMITT (1973), p. 164. Frente a esto, Schmitt asume una posición crítica desde el punto de vista de la teoría constitucional: “La garantía de un instituto jurídico va en general dirigida sobre todo al legislador, y limita sus facultades; ya que una tal garantía es al mismo tiempo la garantía de un complejo normativo de contenido determinado. De aquí que sea en especial acertado el que Anschütz derive la limitación al legislador contenida en el artículo 153 inciso I precisamente de la garantía de instituto y recalque que “ninguna ley, ni siquiera una ley del Reich, puede eliminar la propiedad como tal, y en general en cuanto instituto”. Sin embargo, cuando al mismo tiempo la expropiación en el sentido del artículo 153 inciso II pierde el carácter de un instituto jurídico individualizable, y viene a expresar sola-

Por último, y respecto a la última categoría, Schmitt señala que en la protección constitucional a las libertades (*Freiheitsrechte*) se entendería siempre incorporado un mínimo de protección por parte del y frente al legislador, en el sentido de que éste no podría apartarse sustancialmente de las reglas existentes que establecen garantías para la detención, para la forma de ejecutar allanamientos y apertura de correspondencia privada, aun a pesar de que los respectivos derechos —tal como sucede en Chile en el artículo 19 N° 5— se encuentran sometidos a la reserva de la ley, en cuanto el contenido de la garantía está dado, al menos en parte, por la regulación que establezca el legislador³¹³.

Continuación nota ³¹²

mente el principio de que se garantiza una indemnización para todas aquellas cargas extraordinarias en virtud de las cuales se imponga a un particular un sacrificio especial (así Furler, *El estado de necesidad policíaco y el deber de indemnización del Estado*), o bien cuando siguiendo a Walter Jellinek, sólo se trata del grado en que un derecho lesionado debe ser protegido, entonces en lugar de la garantía de instituto aparece un principio general de justicia. En virtud de ello vienen a confundirse las diversas garantías. Así, por ejemplo, señala E. Ruck que una lesión al derecho de propiedad implica la mayor parte de las veces una transgresión al derecho constitucional de igualdad jurídica, y es por “regla general también un tratamiento jurídico desigualitario”. El inevitable “y viceversa” está muy próximo a esta afirmación. Así como la “nueva doctrina” del principio de igualdad del artículo 109 desarrollada por Triepel y Leibholz lo transforma en un principio general de justicia, aquí se amplía el artículo 153, y ambos vienen a significar: un tratamiento especial, desigualdades no fundadas objetivamente, injusticia y arbitrariedad también le son prohibidas al legislador. Y si en vez del legislador va a decidir el juez, sobre si se está ante la presencia de una injusticia, entonces esto significa, formulado en sus últimas consecuencias para el estado de derecho, que el estado, que hasta ahora era un Estado de Legislación (*Gesetzgebungsstaat*), y que así fue concebido y querido por la Constitución de Weimar, ha pasado a ser un Estado Judicial (*Justizstaat*). SCHMITT (1973), pp. 164, 165.

³¹³ “El motivo por el cual la idea de la garantía de instituto tiene algo iluminador y que explica que haya sido aceptada sin más radica en que, en cada garantía de los derechos fundamentales tradicionales, y aun cuando no se garantice institutos jurídicos en sentido estricto, en todo caso se puede encontrar una garantía del tipo y modo tradicional de una regulación. Así, con la garantía a la libertad personal obviamente no se está garantizando un instituto jurídico, ya que la libertad no es un instituto, sin embargo este artículo no es un programa carente de significado, ni se encuentra privado de toda función en virtud del principio de reserva de la ley. Visto a través de las categorías de la teoría constitucional no se ve sometido a este dilema propio de la jurisprudencia de pre-guerra, sino que tiene el sentido de garantizar la medida tradicional y típica de las intromisiones en la libertad individual. En qué medida el legislador puede entrometerse a través de la legislación procesal penal de la detención, del allanamiento, de la apertura de la correspondencia etc. en los derechos fundamentales, es en lo particular fuertemente variable: pero en la medida en que exista una cierta conciencia ciudadana del estado de derecho siempre se puede reconocer cuando el legislador se ha excedido del máximo que le concede el principio de reserva de la ley. Cuando se introduce una norma especial como aquella que dispone la presentación del detenido ante el juez a más tardar al día subsiguiente (art. 114, inciso II) con carácter constitucional, ello sólo es expresión de que el principio de reserva de la ley no puede ser ilimitado frente a las libertades fundamentales. Contravendría el principio de una garantía fundamental a la libertad el que el legislador entregara al arbitrio de cualquier órgano administrativo las intervenciones en la libertad individual. Y en esta medida existe en las libertades garantizadas en la Constitución del Reich la garantía de una determinada medida de protección normativa, que debe distinguirse de aquella de las garantías de instituto. Solamente en una cierta medida se

A través de sus tesis, Schmitt rescata un sentido normativo y protectivo para los derechos consagrados en la *Constitución de Weimar*, frente a las posiciones imperantes arriba reseñadas.

Con posterioridad a Schmitt debe destacarse, en la doctrina alemana de post-guerra, a F. Klein en su obra *Institutionelle Garantien und Rechtsinstituts Garantien* (“Garantías institucionales y garantías de institutos jurídicos”)³¹⁴. En este trabajo desarrolla un concepto genérico: “*Einrichtungsgarantien*”, y que en la literatura en español simplemente se equipará a la expresión “garantías institucionales”³¹⁵. Más allá de lo terminológico, es interesante destacar que en su listado de garantías de institutos jurídicos incluye, junto a la propiedad, el derecho de herencia el matrimonio, y la libertad contractual³¹⁶. En 1979, Edzard Schmidt-Jorzig publica su obra *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, (“Las garantías institucionales de la constitución”), donde define la institución como un factor recibido por la constitución, fundado jurídica y fácticamente, con una función propia y fundamental, ordenadora y canalizadora de la construcción del Estado y sociedad constituidos³¹⁷. Esta idea es recogida por Alexy, destacado por su intento de proponer una teoría (jurídica) general de los derechos fundamentales, quien considera como elemento propio de las garantías de instituto, la existencia de complejos normativos que reconocen a los particulares la posibilidad de actuar competencias, modificando posiciones jurídicas³¹⁸.

En España, bajo la vigencia de la *Constitución de 1978*, la doctrina de las garantías institucionales es tempranamente recogida por Luciano Parejo Alfonso en su trabajo *Garantía Institucional y Autonomías Locales*³¹⁹, y posteriormente es desarrollada por la doctrina y recogida por la jurisprudencia³²⁰, evolucionando ha-

Continuación nota ³¹³

asemeja la vinculación del legislador a una garantía de instituto de carácter ius privatístico, ya que la regulación tradicional de la detención y prisión, del allanamiento o de la apertura de correspondencia no constituyen un instituto jurídico, como lo son el matrimonio, la propiedad y el derecho de herencia.” SCHMITT (1973), p. 166.

³¹⁴ KLEIN (1934).

³¹⁵ PAREJO ALFONSO (1981).

³¹⁶ El derecho a educar a los hijos y su correlativo deber, con que Klein cierra el listado, parece, sin embargo, no corresponder a cabalidad al concepto de garantía de instituto desarrollado aquí.

³¹⁷ SCHMIDT-JORZIG (1979), p. 29.

³¹⁸ ALEXY (1993), pp. 236 y ss. Cfr. también sobre el tema “competencia de derecho privado y garantías de instituto”, pp. 468 y ss.

³¹⁹ PAREJO ALFONSO (1981).

³²⁰ BAÑO LEÓN (1988), JIMÉNEZ BLANCO (1991), FERNÁNDEZ SEGADO (1993).

cia una terminología que distingue entre garantías institucionales y derechos fundamentales³²¹, y que contrapone la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales con una vertiente objetiva de los mismos, como configuradores del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta noción, la de una vertiente o contenido objetivo de los derechos fundamentales, se aparta de la función de la teoría de las garantías institucionales como límites para el legislador y se extiende más bien a la discusión existente en este campo sobre los derechos fundamentales como normas objetivas, por una parte, y por otra, a la teoría institucional de los derechos fundamentales. Clarificadora en este aspecto es la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*³²².

Es interesante destacar que el problema que dio lugar en Alemania al nacimiento de esta teoría en la década de 1920, el peligro del "vaciamiento" de una garantía, no era desconocido por la misma época en Chile. Es así como, por ejemplo, en la discusión habida con ocasión de la garantía constitucional a la propiedad, en la Subcomisión de Reforma Constitucional que preparó el proyecto en definitiva aprobado como Constitución de 1925, expresaba Guillermo Edwards Matte, respecto de una propuesta de Eliodoro Yáñez, que: "*Según esa redacción, después ser vería el legislador obligado a mantener al dueño en su título de tal; pero éste podría llegar a ser sólo un título honorífico que no tuviera consecuencias jurídicas de ninguna especie. En consecuencia, esa disposición puede llegar a no significar garantía alguna del mantenimiento del actual estado de seriedad y de seguridad del derecho de propiedad en lo que se refiere a su uso y goce legítimos*"³²³. El solo hecho de que se dijera en la Constitución que el ejercicio del derecho de propiedad está sujeto a los deberes que las leyes les señalen por razón de utilidad pública sería, a su juicio, dejar el campo abierto para que los agitadores más tarde sostuvieran que el campo de la ley en esta materia es ilimitado, y que, en la limitación de este derecho, se puede llegar hasta la suspensión del uso, del goce y de la facultad de disponer las cosas..."³²⁴.

Desde el punto de vista doctrinario, una primera mención a esta teoría puede encontrarse en dos artículos del año 1995 y 1997³²⁵, y su recepción en la obra de Jesica Fuentes Olmos, *El derecho de propiedad en la Constitución y la Jurisprudencia*³²⁶.

³²¹ Así la sentencia del Tribunal Constitucional español 26/1987.

³²² GALLEGO ANABITARTE (1994).

³²³ CHILE (1926), p. 110.

³²⁴ CHILE (1926), p. 112.

³²⁵ ALDUNATE LIZANA (1995), p. 35; ALDUNATE LIZANA y FUENTES OLMOS (1997), pp. 204 y ss.

³²⁶ FUENTES OLMOS (1998).

Recientemente, Eduardo Cordero Quinzacara ha publicado un muy completo artículo sobre el tema, referido al derecho de propiedad³²⁷.

2. La función de la teoría de las garantías institucionales y de instituto

La teoría de las garantías de instituto nace en un contexto constitucional específico, y no puede ser adoptada de manera irreflexiva como categoría general para el derecho constitucional. Sin embargo, hay que reconocer que es una construcción útil, al menos desde dos perspectivas. La primera, eminentemente teórica, en cuanto permite una sistematización de la pluralidad de estructuras normativas existente a nivel de los derechos constitucionales. La segunda, de carácter dogmático: la teoría de las garantías institucionales y de instituto permite superar un problema que podría denominarse "técnico". El Constitucionalismo y el auge de las constituciones en el mundo a partir del siglo XIX se desarrolla sobre instituciones jurídicas preexistentes las que, en principio, no fueron afectadas por el derecho constitucional (matrimonio, herencia, propiedad, etc.). Es recién ante la constatación de que el legislador puede entrar a afectar estas instituciones y, en el radical enfrentamiento ideológico del siglo XX, eventualmente desnaturalizarlas³²⁸, cuando se percibe la necesidad de dotarlas de contenido, y se elabora una teoría para conservar el núcleo de instituciones pre-constitucionales, sobre las cuales habrían operado, sin ulterior reflexión ni cuestionamiento, los poderes constituyentes de los primeros tiempos del Constitucionalismo clásico³²⁹. De aquí que, siguiendo a Luciano Parejo, puede sostenerse que la finalidad de la garantía de instituto es "...la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser, como resultado de la evolución histórica de dichas instituciones, esenciales e identificativas de la misma"³³⁰. De manera similar, el Tribunal Constitucional español señala que "El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de

³²⁷ CORDERO QUINZACARA (2007).

³²⁸ Cfr. PAREJO ALFONSO (1981), p. 21.

³²⁹ Esta idea está precisamente a la base de la teoría de Schmitt: En tanto exista confianza en el legislador, y en el Estado Legislativo (*Gesetzgebungsstaat*), podemos conformarnos con la garantía general de libertad y dejar el resto a la reserva de la regulación por ley ordinaria; desde el momento en que cesa dicha confianza, aparecen nuevas garantías, que no tienen por objeto la libertad de una manera directa e inmediata, sino que constituyen normas de protección y medidas para la defensa y el cuidado de dicha libertad, SCHMITT (1973), p. 169.

³³⁰ PAREJO ALFONSO (1981), p. 23.

*las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (...)*³³¹. Pasando por alto la calificación que de “subjetivo” hace el Tribunal de este derecho (lo que haría imposible hablar de un “tipo” iusfundamental abstracto, si sólo se refiriese a posiciones subjetivas), la estructura del argumento es la misma; un tipo preexistente a la actividad del legislador (y habría que decir también, al momento constituyente) y la necesidad de construir el contenido esencial del derecho a partir de ciertas fuentes (aunque es discutible si ellas han de ser necesariamente las que indica esta magistratura).

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, la utilidad dogmática de la figura es que permite entender el contexto en que surge una de sus consecuencias, cual es la garantía al contenido de la esencia de los derechos. Ella nace como forma de proteger, frente a las posibilidades configuradoras del legislador, los elementos básicos de la respectiva institución (en el caso de las garantías institucionales) o instituto (en el caso de las garantías de instituto) o bien de preservar a los derechos y libertades no institucionales, pero sometidos a la reserva de ley, de un “vaciamiento” por parte del legislador. Regulada en el artículo 19 de la *Ley Fundamental de Bonn*, esta garantía es incorporada a la Carta Fundamental por el constituyente de 1980 en el artículo 19 N° 26.

Tanto su inclusión en la Constitución, como su manejo doctrinario y jurisprudencial posterior, se han realizado, en términos generales, sin conocimiento del contexto que se ha expuesto en párrafos precedentes o, al menos, sin referencia explícita a él. Este punto es de suma importancia, ya que el manejo de la garantía de protección al contenido esencial de los derechos, desvinculado de su contexto, conduce a resultados absurdos³³². En efecto, mientras en el ámbito de las garantías institucionales y de instituto el garantizar “la esencia” del respectivo derecho tiene un sentido normativo específico –destinado precisamente a proteger el núcleo de la regulación en que consiste la respectiva institución o el respectivo instituto

³³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 11 de 1981.

³³² Como por ejemplo, en Chile, la consagración legislativa de la posibilidad de que los derechos sean lesionados en su contenido esencial por el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador (artículo 485 i. III Código del Trabajo). En España, Baño León atribuye precisamente a esta descontextualización (el olvido del origen de la teoría de la garantía institucional) el ser origen del error consistente en la contraposición artificial que el Tribunal Constitucional español hace entre derechos fundamentales y garantías institucionales para fundar, respecto de los primeros, una mayor resistencia a la actuación reguladora del legislador; en BANO LEÓN (1988), p. 156.

jurídico– en los demás derechos constitucionales y libertades constituye simplemente el contenido normativo propio del respectivo derecho o libertad respecto del legislador. Si se pasa esto por alto, la consecuencia es una posible distorsión al momento de precisar los conceptos de limitación y restricción de los derechos fundamentales, y las facultades del legislador para regular los derechos o libertades correspondientes.

Lo anterior no significa que, por sí misma, la teoría de las garantías institucionales solucione todos los problemas que plantea la idea de protección al contenido esencial de los derechos, ni que satisfaga su garantía integral³³³. Sin embargo, constituye un elemento indispensable para evitar que el tratamiento de la protección al contenido esencial de los derechos se disuelva en mera fraseología retórica. Así, por ejemplo, si “...debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible...”³³⁴, esta garantía se torna vacía. El adecuado manejo de la teoría de las garantías de instituto permite comprender que la protección al contenido esencial, como señala Ángel López y López, no es apta para definir ningún derecho, sino que justamente es un llamado a la construcción del respectivo núcleo conceptual³³⁵.

3. Concepto de instituto como objeto de la garantía

El núcleo de la idea de las garantías de instituto (con exclusión, por tanto, de las garantías institucionales) según Schmitt, puede radicarse en la protección constitucional a un conjunto de preceptos que regulan de manera integral y coherente una determinada materia, o como señala Duverger: “...una institución es un conjunto de reglas de derecho relativas a un mismo objeto y unas mismas funciones que constituyen un todo coordinado. En este sentido son instituciones el matrimonio, la propiedad, el contrato, el Parlamento, las elecciones...”³³⁶. El problema de este con-

³³³ Como señala Parejo Alfonso, de entre las distintas deficiencias que se pueden observar en la teoría, interesa destacar “...tanto por haber sido expresamente admitida por C. Schmitt como por su actualidad, la de la impotencia de la garantía institucional –eficaz frente al ataque frontal del legislador– para desplegar parecida eficacia en el supuesto de la pluralidad de medidas legislativas, simultáneas o sucesivas en el tiempo que sólo por suma o en su conjunto podrían considerarse infracción de la garantía, pero no tomadas una a una”. PAREJO ALFONSO (1981), p. 25.

³³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 43, considerando 21.

³³⁵ LÓPEZ y LÓPEZ (1988), p. 44.

³³⁶ “...une institution est un ensemble de règles de droit relatives à un même objet et aux mêmes fonctions, qui constituent un tout coordonné. En ce sens, le mariage, la propriété, le contrat, le Parlement, les élections sont des institutions”, DUVERGER (1973), p. 18.

cepto, sin embargo, es que transforma potencialmente a cualquier regulación en una institución, o, más precisamente, en un “instituto jurídico”. De aquí que sea preciso agregar elementos adicionales a fin de delimitar el sentido de las garantías de instituto. Lo propiamente particular de estas garantías no está, como ya se ha señalado, en fijar constitucionalmente una determinada regulación jurídica como garantía de *statu quo*. Cuando ello se quiere, se incorpora el respectivo texto normativo al instrumento constitucional, o bien se contempla algún precepto que lo recoja directamente (ej.: artículo 10 N° 2 inciso II de la Constitución de 1925: “Las iglesias, las confesiones religiosas de cualquier culto, tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor...”). A diferencia de las garantías de *statu quo*, lo que se garantiza a través de las garantías de instituto está en estrecha relación con el objetivo de la protección. El concepto de institución anteriormente expuesto tiene que completarse entonces con un elemento vinculado al ejercicio de la libertad de la persona; y específicamente, con el ejercicio de aquella libertad que no existe con independencia del derecho³³⁷, sino que requiere del derecho, por ser una actuación “dentro del derecho”, no en el sentido de “conforme a la ley”, sino en el sentido de “usando los instrumentos existentes en el ordenamiento jurídico”.

La forma más clara de ilustrar esto es recurriendo a la figura del matrimonio. Así, se reconoce en muchos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales el derecho a contraer matrimonio³³⁸. La estructura de este derecho parece ser, en un primer momento, la de un derecho de libertad: se ordena al Estado abstenerse de tomar medidas que puedan interferir en el ejercicio de este derecho. Sin embargo, su efectiva posibilidad de ejercicio depende de que exista algo así que podamos considerar como el “instituto jurídico del matrimonio”; de lo contrario, este derecho no significaría otra cosa que el mandato de no interferir en los ritos religiosos, o convencionales, o en el mero acuerdo de los contrayentes, destinado a unirse como pareja, pero sin un contenido relativo a la regulación jurídica de dichos ritos y de sus efectos en el mundo del derecho, y que denominamos en este ámbito, y en un sentido específico (y distinto, por ejemplo, al religioso) “el matrimonio”. Supuesto el hecho que se derogaran las disposiciones del artículo 102 y

siguientes del Código Civil, y las pertinentes disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil, y otras conexas, aunque el ordenamiento jurídico le reconociera a los individuos la más amplia libertad, no podrían las personas, jurídicamente, “contraer matrimonio”, celebrar algo que no existe. A lo más, podría decirse, estarían facultados para unirse en virtud de un vínculo contractual innominado, pero esto no obsta a la argumentación principal, ya que ello supondría al menos la existencia, en el ordenamiento jurídico, de la regulación de los contratos y sus efectos.

De aquí que el elemento propio de las garantías de instituto esté en el reconocimiento y protección de una libertad del individuo, ya no *frente* al ordenamiento jurídico, sino *dentro* del ordenamiento jurídico: la facultad de actuar dentro de un ámbito de libertad configurada por el derecho, en que éste reconoce determinadas acciones, las califica, y les otorga un haz de efectos relacionados entre sí. Expresado en términos técnicos, el elemento que transforma a un conjunto de reglas coherentes y conexas articuladas sobre determinada materia en objeto de protección para la teoría de las garantías de instituto, está dado por el hecho de que dentro de esta unidad normativa se creen espacios de libertad para ser ejercidos por los individuos a través del derecho. O, dicho en otras palabras: que contemplen y atribuyan un ámbito de competencias a los individuos, entendidas dichas competencias como la posibilidad de actuar la libertad creando un haz de efectos jurídicos articulados. Esta libertad difiere fundamentalmente de aquella que consiste en mi libertad de desplazarme sin ser perturbado, sin ser detenido arbitrariamente, de expresar sin censura previa mi opinión, o de que mi correspondencia no sea abierta.

Dejando abierta la discusión de si la teoría de las garantías de instituto, de acuerdo a su función, permite incorporar nuevas categorías de institutos protegidos³³⁹, existe un cierto consenso respecto de cuáles son los institutos comprendidos por la teoría y, por lo tanto, protegidos bajo esta modalidad en la constitución cuando ella los incorpora como derechos fundamentales: la propiedad, la herencia, el matrimonio y el derecho de contratar (incluyendo aquí al contrato como institución, con la regulación de sus efectos obligacionales). De este modo, quedan descartadas, salvo demostración de su carácter de institución, otras figuras. Así, cuando no es posible identificar el núcleo constitutivo de una institución, habría que excluir la protección al contenido esencial de derechos en este sentido. Esto es lo que sucede con figuras propietoriales distintas del dominio, en cuanto,

³³⁷ Como es el caso de las libertades en el sentido clásico, como libertades que el individuo tiene *con independencia del Estado*, lo que es decir también, del derecho positivo, y que en esa virtud requieren de protección *frente al Estado*, lo que va a implicar su protección constitucional frente al resto del ordenamiento jurídico.

³³⁸ Por mencionar sólo dos ejemplos: artículo 17 N° 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio...”; con casi la misma redacción el N° 2 del artículo 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

³³⁹ Como podrían, entre otros, ser el derecho de asociación respecto de la personalidad jurídica para entes colectivos, y el derecho a tutela judicial en relación al debido proceso.

genéricamente garantizadas no es posible sostener, para ellas, la existencia de un mínimo indisponible para el legislador³⁴⁰.

§ 51. EL DEBER DE PROTECCIÓN

El concepto de deber de protección corresponde a un estadio avanzado en la evolución de la dogmática sobre el contenido normativo objetivo de los derechos fundamentales, e intenta expresar la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales frente a posibles lesiones provenientes de agentes distintos a los propios agentes públicos, mismos que ya se encuentran obligados a dichos derechos por el deber de respeto. Esto explica que surja cercano a la constelación de problemas planteados por lo que se conoce como “efecto horizontal” o “efecto entre particulares” de los derechos fundamentales.

Este deber es recogido jurisprudencialmente en el derecho comparado, a partir de consideraciones preliminares en el caso sobre interrupción del aborto³⁴¹, y luego en el caso *Schleyer*, sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 46, 160 (164), y se fundamenta en el artículo 1º, inciso I de la *Ley Fundamental de Bonn* que consagra un deber de respeto y protección de la dignidad humana. Puesto que el deber de respetar la dignidad ya proscribió toda intervención ilegítima del Estado, se argumenta, la idea de protección sólo puede implicar la exigencia, hacia el Estado, de adoptar las medidas necesarias para dar a los individuos la protección frente a los demás miembros de la comunidad³⁴². Este deber (que ocasionalmente también es calificado como efecto relativo mediato³⁴³ cfr. infra § 56, y que en la literatura se presenta también como correlativo a un derecho a protección, como parte del contenido de cada derecho³⁴⁴) en realidad

no tiene por destinatario a los sujetos de derecho privado, sino que a las normas de derecho privado, o de derecho penal, y en esta medida se dirige a los poderes configuradores de esas normas, pudiendo hablarse a su respecto de derechos fundamentales en una función normativa de derecho objetivo. En lo esencial, el deber de protección consistiría en la actividad exigida a los órganos del Estado en general, y en particular al legislador, para regular las relaciones entre particulares de tal modo de impedir la lesión de los contenidos protegidos por cada derecho. Así, por ejemplo, el derecho a la vida, que implica en primera línea una protección frente a la privación arbitraria de la misma por parte del Estado (deber de respeto), impondría al legislador un deber de protección que se concretaría, por ejemplo, en la imperatividad de mantener los tipos penales que sancionen la privación y atentados a la vida por parte de los particulares.

En nuestra Constitución, una elaboración dogmática del deber de protección podría encontrar asidero en los deberes de respeto y promoción contemplados en el artículo 5º i. II y, adicionalmente, como parte del contenido del artículo 1 i. IV e i. V (deber de dar protección a la población y a la familia). En esta sede podría relacionarse con la figura del derecho fundamental a la seguridad que plantea parte de la doctrina alemana³⁴⁵ y cuyos orígenes se sitúan ya en el pensamiento de Hobbes (el deber de seguridad como contrapartida otorgada a la autoridad por la renuncia al poder de autogobierno) y encuentran manifestación positiva en la *Declaración de la Constitución Francesa de 1793*. Artículo 8: “La seguridad consiste en la protección, acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, sus derechos y sus propiedades”. Actualmente contiene una disposición análoga la constitución de la Confederación Helvética, en su artículo 2: “La confederación protege la libertad y los derechos del pueblo y garantiza la independencia y la seguridad del país”.

Sin embargo, la noción de deber de protección es cualquier cosa menos clara y plantea dos objeciones serias a su aceptación a nivel dogmático. Por una parte, hace necesario desarrollar una noción operativa de un mínimo de protección en la regulación jurídica, que permita evaluar en concreto cuándo no se cumple con el deber de protección. Para esto —la conceptualización del mínimo de protección— aún no hay enfoques satisfactorios, ni siquiera *in nuce*³⁴⁶. Por otro lado, la idea de un deber de protección sólo tiene sentido frente a una elaboración clara

³⁴⁰ Es por esto que la propiedad sobre bienes incorpóreos se limita a la faz subjetiva, a la intangibilidad del patrimonio del propietario, pero no comprende una garantía a la específica configuración jurídica constitutiva del respectivo bien incorporal —como por ejemplo el usufructo, o las facultades específicas asociados a los derechos de los accionistas en sociedades anónimas. Cfr. ALDUNATE LIZANA (1995).

³⁴¹ BVerfGE 39,1.

³⁴² CANARIS (1984), p. 226. En el caso *Schleyer* se trataba de determinar si, frente a la amenaza terrorista de matar a un individuo si no eran liberados ciertos imputados de actividades terroristas, el Estado se encontraba vinculado por este deber de protección debiendo, por tanto, acceder a la petición en vistas a resguardar la vida de *Schleyer*.

³⁴³ “...si la teoría de la imputación judicial adoptada por el Tribunal Constitucional español se basa en la vinculación directa de los poderes públicos a los derechos fundamentales, corresponde a los presupuestos de la figura del deber de protección. De tal modo que la autoría de la lesión iusfundamental no se le atribuye a un particular, sino al órgano estatal que incumple con el mandato de protección que le ha sido constitucionalmente encomendado”, JULIO ESTRADA (2007), p. 136.

³⁴⁴ ALEXI (1993), p. 435. En Chile, este planteamiento está presente en GÓMEZ BERNALES (2005), p. 35.

³⁴⁵ STERN (1988), p. 932, en referencia a J. Isensee.

³⁴⁶ El enfoque de alternatividad que plantea ALEXI (2007) no aporta elementos para una disciplina de este deber (salvo la afirmación de que el deber existe y que “algo debe hacerse” para cumplirlo).

de las consecuencias que deberían derivarse de la constatación, en un caso, de una infracción a ese deber. Ello lleva a la cuestión de si se le reconocen o no, a la jurisdicción que se pronuncia sobre esta infracción, competencias para proveer de la regulación jurídica cuya ausencia se estima constitutiva de la falta al deber de protección.

DERECHOS FUNDAMENTALES

A partir de las disposiciones del artículo 6º i. I y II, y las disposiciones del artículo 5º i. II, resulta claro que en nuestro ordenamiento constitucional todo órgano estatal es sujeto pasivo del deber de respeto y promoción de los derechos humanos. Es posible apreciar aquí distintos aspectos de la vinculación de las potestades públicas a los derechos constitucionales. En qué medida los particulares son destinatarios de los preceptos de derechos fundamentales se discutirá en el capítulo siguiente.

§ 52. EL LEGISLATIVO Y, EN GENERAL, LA FUNCIÓN NOMOGENÉTICA

1. Ámbito de destinatarios vinculados

Como se ha visto más arriba, el cambio cardinal que experimenta el Constitucionalismo continental en el siglo XX es la idea de una constitución vinculante para la actividad legislativa, lo que se concreta en sistemas de control de constitucionalidad que son entregados a órganos jurisdiccionales. A partir de este momento, la idea de unos derechos como principios políticos, cuya vigencia normativa quedaba entregada a la elaboración a nivel legislativo, se modifica, y las disposiciones sobre derechos contenidas en las constituciones pasan a ser cartabón normativo de la validez de las disposiciones legales. De lo que un autor llamara “vigencia de los derechos fundamentales en el marco de la ley” se pasa a la “vigencia de las leyes en el marco de los derechos fundamentales”.

El principal aspecto en que se manifiestan, entonces, los preceptos de derechos fundamentales, es en su carácter vinculante como criterio normativo para el control de la constitucionalidad de las leyes, y de otros actos normativos, según el modelo adoptado en cada caso. En nuestro ordenamiento constitucional esto rige sin excepciones para la actividad legislativa emanada del Congreso; para la aprobación de los tratados previa su ratificación por el ejecutivo, y para los actos legislativos del ejecutivo en virtud del ejercicio de potestad legislativa delegada. La

potestad reglamentaria del P.d.I.R. quedó, tras la reforma constitucional del año 2005, sometida al control de constitucionalidad.

Hay casos en que la misma Constitución plantea la exigencia iusfundamental dirigida al legislador, ya sea en cuanto a la forma en que se encuentra habilitado para actuar o intervenir en un ámbito normativo iusfundamental (19 N° 1 i. III), ya sea en cuanto le impone límites determinados (19 N° 2 i. II), o deberes específicos (artículo 19 N° 3 i. V). No obstante lo anterior, en virtud del artículo 6° i. I, el legislador se encuentra sometido a todas las disposiciones sobre derechos fundamentales, y de una manera específica a la limitación contenida en el artículo 19 N° 26.

Otros órganos a los cuales se les entrega una función nomogenética, entendida como aquella que produce textos con función normativa vinculante, se encuentran igualmente bajo el imperio del artículo 6° y, en esta medida, obligados por el deber de respeto y promoción del artículo 5° i. II, y las disposiciones del artículo 19. Se incluyen aquí:

a) los órganos constitucionales dotados de potestades reglamentarias; las cámaras del Congreso respecto de sus reglamentos, la Contraloría General respecto de sus dictámenes (en la medida en que alcanzan un efecto para-reglamentario por la comprensión que la propia Contraloría da a los artículos 6° y 19 de su ley orgánica³⁴⁷), el Consejo de Seguridad Nacional respecto de su reglamento, la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones en cuanto potestades creadoras de autos acordados (artículo 93 i. I N° 2);

b) entidades descentralizadas (municipalidades, gobiernos regionales), órganos de administración autónoma como el Servicio Electoral, órganos constitucionales autónomos, como el Banco Central y el Ministerio Público, en la medida que están legalmente dotados de potestades reguladoras;

c) organismos desconcentrados (por ejemplo, SII), en la misma medida;

d) otras entidades productoras de derecho que, aun cuando amparadas por un grado de autonomía (como las entidades religiosas³⁴⁸) no puede entenderse que quedan sustraídas del principio de supremacía constitucional, en virtud del artículo 6° i. I y II CPR. Dentro de éstas constituye un caso especial el de la costumbre indígena, en la medida en que no se reconoce como una potestad reguladora o creadora de textos con función normativa, pero sí como fuente de derecho³⁴⁹.

³⁴⁷ Véase al respecto ALDUNATE LIZANA (2005).

³⁴⁸ Artículo 14 de la ley N° 19 638; "normas jurídicas propias de cada una de ellas".

³⁴⁹ Artículo 54 de la ley N° 19.253.

No puede entenderse que la ley le reconozca validez a esta producción normativa sino en cuanto se someta a las mismas exigencias que aquellas dirigidas a la ley que la reconoce, partiendo por su compatibilidad con el ordenamiento constitucional; cosa que por lo demás, al menos en el caso de la ley N° 19.253, reconoce el mismo cuerpo legal.

Este amplio campo de vinculación no se encuentra cubierto de manera uniforme por instrumentos que permitan hacer valer los derechos fundamentales, ya sea en su función objetiva, ya como derechos subjetivos. Así por ejemplo, los acuerdos del Banco Central, el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ministerio Público y los actos normativos de las corporaciones territoriales no están sometidos a control normativo constitucional (bajo el cual la reforma del año 2005 puso a los autos acordados de las cortes y tribunal mencionados). En estos casos, la alternativa residual es o bien la acción de nulidad, o el recurso de protección, en cuyo caso se restringe en términos prácticos el universo de derechos reclamables, debilitando su fuerza normativa respecto de las antedichas potestades.

2. La vinculación del legislador: una reserva legal de intensidades diferenciadas

El carácter vinculante de los derechos fundamentales constitucionales para el legislador implica, en primer lugar, el deber de respeto, o no transgresión, al respectivo derecho, deber que, como se mencionó, es evidente en el caso de los preceptos expresamente dirigidos al legislador, y que respecto de los preceptos generales sobre derechos fundamentales deja en evidencia la importancia de establecer con claridad el contenido de la protección iusfundamental, en vistas a poder contrastarla con el precepto bajo control.

En la medida en que en su mayor parte, la regulación de los derechos fundamentales se encuentra bajo reserva legal, la ley adquiere un rol central en el despliegue de las distintas posibilidades de articulación normativa concernientes al ejercicio de las libertades, o derechos, asegurados en la Constitución. Un rol central, pero no exclusivo. En este punto no se ha desarrollado de manera sistemática el mismo razonamiento que se impone en materia de legislación orgánica constitucional y, de manera más reciente, en la cuestión relativa al sistema de dominio legal vigente en Chile, a saber, que las disposiciones sobre reserva legal en materia de derechos fundamentales no son homogéneas y reclaman distintos grados de intensidad en la regulación legislativa, la que debe ser atendida al momento de trazar la línea entre competencias legislativas y reglamentarias. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que distingue entre una reserva legal absoluta y una reserva legal relativa o, al menos, entre dos niveles de exigencia de la reserva legal, no aporta criterios definitivos, según se desprende del cambio jurisprudencial ocurrido el año 2006, que se trata en § 64.1.

3. Concretización legislativa de derechos fundamentales

En segundo lugar, la relación entre derechos fundamentales y poder legislativo conlleva una posibilidad de desarrollo normativo, ocasionalmente denominado “concretización”, “actualización” o “realización” de los derechos constitucionales. El uso de esta terminología esconde una trampa, a saber, la de apreciar el respectivo derecho fundamental como “desarrollado” por la ley. El contenido del derecho fundamental, en cuanto tal, comienza y se agota en la Constitución. Las regulaciones legales se desarrollan en el ámbito permitido por la Constitución, pero no son “formas de hacer efectivo” ni de “concretar” el respectivo derecho. Conservar claridad en este punto es un requisito para salvaguardar la supremacía constitucional frente a un posible desplazamiento conceptual que sustituye la tarea de desarrollar el sentido normativo del respectivo precepto fundamental a nivel constitucional, por una labor de “comprensión” de la “realidad normativa” de un derecho fundamental, establecida a partir de una legislación dada. Es preciso destacar, entonces, la importancia de no reducir el tratamiento dogmático de los derechos constitucionales al ámbito de su desarrollo legislativo.

La ley es la encargada de desplegar una serie de elementos para asegurar y permitir el ejercicio concreto de ciertos derechos y libertades; pero la forma que elige para hacerlo no ciñe, ni petrifica, el contenido constitucional de la respectiva libertad, derecho o garantía. De lo contrario, se corre el riesgo de interpretar la Constitución a la luz del contenido (iusfundamental) desarrollado a nivel legislativo. Es así como se pervierte el orden de supremacía que fija la propia Carta. De esto se desprende una consecuencia metodológica importante, cual es que el tratamiento dado a los preceptos iusfundamentales, en vistas a determinar su ámbito normativo, no puede incluir los elementos de su desarrollo legislativo, como lo hiciera, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el rol N° 245-246, cuando para dilucidar la cuestión de fondo recurre al espíritu general de la legislación, justificando en diversos preceptos legales la aseveración del carácter de indemnizables de las limitaciones o restricciones al dominio.

Este proceder es interpretación de la Constitución conforme a la ley, lo que repugna al principio de supremacía normativa. Recientemente el Tribunal ha reiterado este error en su sentencia recaída en el rol N° 943 cuando, para resolver sobre la constitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil por lesionar el artículo 19 N° 4, afirma en el considerando 19 que “*la regla general de nuestro ordenamiento jurídico es que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado*” a partir de un precepto...¡del propio Código Civil!

4. La omisión legislativa y los problemas de la inconstitucionalidad por omisión

Un tercer tópico de la vinculación del legislativo a los derechos fundamentales analiza los casos en que la Constitución hace un encargo o impone un deber al legislador (artículo 19 N° 1, i. II; 19 N° 3 i. III, i. V, 19 N° 4 i. II antes de la reforma del año 2005, 19 N° 11 i. V; N° 12 i. penúltimo, e inciso final, etc.). Surge aquí la cuestión relativa a la omisión legislativa como forma de transgresión de preceptos iusfundamentales, conocida en el derecho comparado, en la doctrina y en alguna jurisprudencia. El concepto de omisión legislativa, en este ámbito, implica algo más que la mera constatación de una falta de actuación legislativa allí donde está constitucionalmente prescrita; conlleva, además, el postulado que esa falta puede ser objeto de un reproche de inconstitucionalidad. El tratamiento tradicional de las disposiciones constitucionales que imponen un deber al legislador las consideraba como preceptos de carácter programático. A partir de la idea de vinculatoriedad directa y control jurisdiccional de la actividad legislativa, se modifica esta calificación y pasan a ser preceptos que sirven de antecedente a una declaración de inconstitucionalidad por omisión.

La aceptación de la idea de inconstitucionalidad por omisión plantea una serie de problemas. El primero de ellos es que se trata del resultado de un control de naturaleza distinta que aquél practicado respecto de una ley. Cuando se controla la constitucionalidad de una ley, se evalúa la compatibilidad de las normas atribuidas como sentido al texto de la ley, con las normas atribuidas como sentido al texto constitucional. Es, entonces, control normativo, enfrentamiento de norma (legal) contra norma (constitucional). En cambio, para predicar una inconstitucionalidad por omisión, se evalúa un *comportamiento* del órgano legislativo. No es determinante en este punto que la omisión sea constatada como resultado de aislar las lagunas o vacíos normativos existentes en un cuerpo legal bajo control o a partir de la masa legal existente; el pronunciamiento de inconstitucionalidad por omisión siempre recae exclusivamente en un *no hacer* legislativo. En esta medida, la idea de inconstitucionalidad por omisión legislativa implica un agravamiento del problema de la intervención política del órgano jurisdiccional; ya que una cuestión es evaluar el resultado de un actuar legislativo a la luz de los criterios que la Constitución fija para ello, y una cosa muy distinta es decir que el órgano legislativo, político, debió haber actuado y ese deber le era exigible, más allá de la voluntad de los representantes o agentes políticos encargados de decidir el impulso legislativo. Se sitúa aquí el problema nuclear de los mandatos constitucionales dirigidos al legislador, en un momento en que el constituyente tuvo el poder para fijar el ordenamiento jurídico fundamental, pero no hizo ejercicio del mismo.

La idea de inconstitucionalidad por omisión implica proyectar la omisión del constituyente a la actuación del legislador, como si la decisión política del primero, en el sentido de encomendar al legislador una determinada regulación pudiese sustituir, a futuro, la decisión política de dicho legislador que recibe el encargo. Con esto, de paso, se modifica el concepto de constitución, que de ser considerada como el marco o cauce para el desenvolvimiento del proceso político, va a ser vista como una suerte de proyecto o programa autoejecutable (un programa del tipo *.exe, en la nomenclatura informática de *Windows*).

Con esto queda planteado el segundo problema. ¿Cuáles son los efectos de una declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa? El constituyente puede regular una competencia sustitutiva para el órgano jurisdiccional encargado de declararla; pero, en los casos en que no ha previsto esta regulación, esta competencia no puede derivarse, sin más, de la mera idea de inconstitucionalidad por omisión. Nuestro Tribunal Constitucional ha optado por una vía más cauta —aunque jurídicamente cuestionable— al incluir en su fallo recomendaciones en los casos en que ha constatado una omisión legislativa al interior de un proyecto examinado. Es jurídicamente cuestionable, porque nada hay en las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional que lo habilite para agregar, a su pronunciamiento jurisdiccional, “mensajes”, “llamados” o “recados” al poder legislativo para que éste ejerza su competencia. No es de balde recordar que en el campo del derecho constitucional se juega en cada afirmación un importante juicio de legitimidad relativo al ejercicio de las potestades públicas.

Por otro lado, el único caso en que el efecto de la omisión puede hacerse operativo sin requerir una competencia sustitutiva, es el de la omisión constatada al interior de un proyecto controlado. Si la omisión cumple los requisitos exigidos para motivar una declaración de inconstitucionalidad, y en la medida en que forma parte (ausente) del cuerpo legal examinado, puede decirse que ese cuerpo legal, en general, adolece de inconstitucionalidad en la medida en que omite tratar los puntos que sí debe considerar el legislador al legislar sobre la materia (que es el caso), y por tanto, se ve afectado en su totalidad por la inconstitucionalidad producida por la omisión. Utilizando una metáfora, si la omisión es un defecto por ausencia, puede aplicarse la sanción de inconstitucionalidad al producto defectuoso.

5. Poder legislativo y deber de protección

Una cuestión estructuralmente emparentada con el tópico de la omisión legislativa, pero conceptualmente distinta de las omisiones legislativas en el caso de preceptos que imponen un deber iusfundamental al legislador, es la construcción

doctrinaria de lo que se ha venido en denominar el deber de protección mencionado en § 51. Esta figura presenta mayores dificultades que las que suscita la omisión legislativa; más aún, puede decirse que las acumula: y esto porque no sólo no resulta claro en qué consistiría este deber, ni cual sería su específico contenido (por ejemplo, ¿impone alguna forma de actuación legislativa específica? ¿admitiría la sustitución de figuras penales, protectivas de bienes jurídicos que se corresponden al ámbito de protección de ciertos derechos fundamentales, por figuras calificadas de indemnización de perjuicios, o bien por estímulos económicos?) sino que, incluso si llegara a precisarse el sentido del deber de protección, aún se presentaría la cuestión relativa al incumplimiento por parte del legislador, que no sería otra cosa, en la mayor parte de los casos, sino una omisión legislativa.

§ 53. EL EJECUTIVO: GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

A primera vista, parecería una cuestión exenta de problemas plantear la vinculación del gobierno y la administración al deber de respeto y promoción de los derechos fundamentales; en particular porque, las más de las veces, la actuación del poder ejecutivo queda mediatizada por el principio de juridicidad y, por tanto, vinculada no sólo a la Constitución, sino de una manera relevante, a la ley como fuente y límite de toda competencia ejercida por los órganos ejecutivos. Sin embargo, a poco andar en esta materia se plantean una serie de cuestiones relevantes.

1. La extensión del poder ejecutivo como destinatario de los preceptos iusfundamentales

a) Aquí, la primera cuestión es la de la determinación precisa del ámbito de la actividad de gobierno y administración que es destinatario de las normas iusfundamentales.

Por un lado, se encuentra el problema que plantean ciertos órganos a los que el sistema jurídico ha querido situar fuera del poder ejecutivo. Este es el caso del Ministerio Público, que a nivel constitucional y legal parece situarse fuera del campo del gobierno y la administración. Sin embargo, cuando se considera la naturaleza de las funciones que ejerce no queda duda que representa una especial opción constitucional por reunir funciones de gobierno y administración —o sea, propias del poder ejecutivo— bajo una modalidad orgánica no dependiente del jefe de gobierno. Si bien con un reducido ámbito de facultades discrecionales, al Ministerio Público le son encomendadas las decisiones políticas y la ejecución administrativo-funcional de la persecución de delitos y crímenes. Queda por tanto cubierto, en este acápite, como destinatario de los preceptos sobre derechos fundamentales. Igual cosa sucede con el gobierno judicial, y parte importante de

la administración judicial, radicados orgánica y funcionalmente fuera del poder ejecutivo, y puestos bajo la superintendencia de la Corte Suprema.

Otro tema por resolver en este punto es la delimitación entre el ámbito de acción de particulares y de órganos públicos. Si, como se sostiene más abajo, la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales es de una naturaleza radicalmente distinta a la de los órganos públicos, es particularmente relevante establecer una clara línea demarcatoria entre unos y otros. Por ejemplo, de acuerdo a la disposición del artículo 19 N° 21, no es una cuestión pacífica la situación en que debería encontrarse una empresa del Estado funcionando al amparo de la correspondiente autorización legislativa al Estado, para desarrollar actividades empresariales, pero sometida a la *legislación común aplicable a los particulares*, según prescribe ese artículo. ¿Debe entenderse vinculada a los derechos fundamentales en cuanto parte de la administración del Estado, o bien sometida al ordenamiento jurídico en su calidad de particular? Cuestión similar se plantea en el ámbito de las corporaciones o fundaciones de derecho privado que pueden crear las municipalidades con la finalidad de promover y difundir el arte, la cultura y el deporte (artículo 118 i. VI).

b) Por otro lado, es discutible si la vinculación a la que se ven sometidos los órganos de administración no se extiende a particulares en determinados casos; en especial, cuando reciben aportes financieros públicos para el desarrollo de tareas que podrían estimarse comprendidas dentro del ámbito material de actividades de la administración (lo que en derecho comparado se trata bajo la denominación de *derecho administrativo privado*³⁵⁰). Es así como, por ejemplo, un establecimiento educacional subvencionado, si bien puede presentar el carácter de una entidad particular, recibe fondos públicos para el cumplimiento de una tarea de fin público. Resulta perfectamente posible pensar que esta modalidad de actuación de la administración, por la vía del subsidio, llegue a comunicar al agente ejecutor un carácter público que lo vincule en cuanto parte del gobierno y la administración, a los preceptos sobre derechos fundamentales. En el derecho comparado, la solución ha sido, en una opción constitucional relativamente reciente, la de Suiza en 1999, vincular al respeto a los derechos fundamentales a toda entidad que asuma tareas estatales³⁵¹.

c) Una tercera cuestión que queda abierta es en qué medida los actos de gobierno, como decisiones políticas, quedan vinculadas por los preceptos sobre dere-

chos fundamentales. En este punto cabe denunciar una práctica jurisprudencial que tiende a hacer perder fuerza normativa a las disposiciones constitucionales. Me refiero con ello a la permanente afirmación, tanto por parte de nuestro Tribunal Constitucional, como por parte de otras jurisdicciones constitucionales, que a dicha magistratura no le corresponde efectuar consideraciones de mérito sobre los actos sometidos a su control, sino solamente decidir sobre su constitucionalidad. La premisa inicial que subyace a este juicio es correcta: efectivamente, no corresponde al Tribunal efectuar consideraciones de mérito, en general, sobre el ejercicio de las competencias de los órganos constitucionales –y públicos en general–. Justamente, la Constitución los dota de dichas competencias a fin de que se radique en la respectiva instancia una decisión de mérito y oportunidad. Sin embargo, la extensión de esta premisa en términos absolutos es equivocada; el juicio de constitucionalidad incluye un pronunciamiento sobre el mérito y oportunidad de determinadas medidas cuando es posible identificar un estándar constitucional expreso que permita evaluar, como cuestión constitucional, el mérito y oportunidad de una medida. El examen de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional ha aceptado en su jurisprudencia (ver infra § 64.3) no es otra cosa sino un modelo de examen de mérito y oportunidad, al menos en uno, sino dos de sus componentes. Y en materia de derechos fundamentales hay un estándar de general aplicación a la luz del cual evaluar, al menos parcialmente, el mérito de cualquier acto de gobierno, que es el deber de promoción contenido en el artículo 5° i. II.³⁵²

2. Potestad discrecional, vinculatoriedad del precedente y deber de motivación

Lo anterior se vincula conceptualmente con el efecto reductivo que tienen las normas sobre derechos fundamentales en el ámbito de las potestades discrecionales del poder ejecutivo, y en especial de la administración. Así, el ejercicio en un caso concreto de una potestad que se desenvuelve dentro de un ámbito de discrecionalidad creado por la ley, produce una vinculación para la respectiva autoridad, no sólo en el deber de respeto (de posiciones jurídicas subjetivas), sino también en el de promoción de los derechos fundamentales (como derechos sub-

³⁵⁰ STERN (1994), p. 1396.

³⁵¹ *Constitución Suiza*, artículo 35.2 “El que asuma una tarea estatal estará obligado a respetar los derechos fundamentales y contribuir a su realización”.

³⁵² En general, todos los deberes que la Constitución dirige al Estado o a sus órganos pueden ser incluidos en la construcción de los estándares de control de mérito. Aquí sí –y no en el plano de los derechos fundamentales– tiene sentido considerarlos “principios” que, en su sentido y dirección, acotan las posibilidades en principio abiertas de la decisión política. Por lo mismo, su introducción y conservación en el texto constitucional debe ser considerada con particular prudencia porque, si efectivamente se quiere que desplieguen fuerza normativa, lo harán a costa de rigidizar, en parte, el proceso político y el ámbito de lo políticamente decidable.

jetivos y como derecho objetivo). La actuación discrecional de la administración puede así ser sometida a un juicio de racionalidad y razonabilidad de su actuar en que se involucren todos las disposiciones de derechos fundamentales, consideradas como derecho objetivo, aun cuando en su ámbito concreto de actuación no se encuentren afectadas posiciones jurídicas subjetivas.

Una exigencia calificada al actuar de la administración, en este ámbito, la impone el principio de igualdad (proscripción de discriminación arbitraria) en el sentido de que la obliga a resolver en el mismo sentido situaciones sustancialmente semejantes, sobre la base del principio de igualdad; y, por otro lado, genera un deber de motivar cualquier decisión que se aparte del precedente administrativo, en vistas a justificar la desviación de la decisión anterior.

3. Vinculatoriedad directa de la Constitución, ley y reglamento

Aun cuando el tema se ha discutido con mayor frecuencia en el ámbito jurisdiccional (vid. infra § 54.4), se plantea del mismo modo, y con mayor complejidad, en el campo de la administración. Y la pregunta es muy sencilla: ¿cómo debe proceder un agente administrativo cuando constata que la ley que debe aplicar, o el reglamento³⁵³, es inconstitucional?³⁵⁴ La pregunta no es teórica, sino de frecuente ocurrencia, y si no se torna un problema detectable se debe simplemente a una razón explicada por la sociología de la burocracia; los funcionarios se conforman con la práctica institucional aceptada y evitan ser origen de “ruidos” en el sistema. Pero esta explicación no elimina el problema en su vertiente jurídica³⁵⁵.

³⁵³ Cfr. DURÁN MARTÍNEZ (1987).

³⁵⁴ El problema también puede presentarse como resultado de pronunciamientos de la jurisdicción constitucional. Es así como en Chile numerosos preceptos legales indican que determinados reglamentos serán producidos por la autoridad ministerial en virtud de un decreto supremo dictado “por orden” del Presidente de la República. A cualquier operador jurídico administrativo debe resultar evidente que estos preceptos contradicen la exigencia constitucional tal y como la entiende el Tribunal Constitucional en su rol N° 167, en el sentido que los decretos supremos reglamentarios deben ser materialmente firmados por el PdIR. Consultada la Contraloría en alguna oportunidad sobre este punto, con ocasión del trámite de un decreto reglamentario el año 1999, se vio extremadamente complicada para afirmar la regla establecida por el Tribunal Constitucional, frente a expresos textos legales, y pidió (y obtuvo) retirar la consulta.

³⁵⁵ Un caso relativamente reciente se dio tras la reforma a la Constitución, del año 2005, que en su regulación al principio de publicidad dispuso que las excepciones al mismo debían ser establecidas por ley de quórum calificado. Esto tornaba inconstitucional el D.S. 26, de 28.01.2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que, en conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (artículo 13) regulaba casos de reserva y secreto de documentos y antecedentes. Tras la entrada en vigencia de la reforma constitucional, tanto la disposición legal, en cuanto reenviaba la facultad al reglamento para establecer casos de secreto, como el reglamento mismo, se habían tornado inconstitucionales. ¿Cómo debía proceder el funcionario administrativo al ser requerido respecto de antecedentes o documentos secretos o reservados por la sola disposición del reglamento?

En términos normativos, el problema se plantea como la aparente oposición entre dos reglas constitucionales. La primera de ella es la de supremacía y aplicación directa de la Constitución en virtud del artículo 6º, i. I y II. Si esta regla ha de desplegar su fuerza normativa, es forzoso que también deberá significar algo en el ámbito de la administración. El agente administrativo, al menos el agente que sea operador jurídico, deberá asumirla como vinculantes y se verá tarde o temprano enfrentado a disposiciones legales o reglamentarias contrarias a la Constitución que lo vincula. El problema se plantea cuando se enfrenta a la segunda regla que, al momento de intentar resolver la posible antinomia a favor de la Constitución, lo restringe a un ámbito de facultades (“autoridad y derechos”) que le deben haber sido expresamente otorgadas por la Constitución o las leyes (artículo 7º i. I y II); siendo lo usual que ni la Constitución ni las leyes le entreguen una facultad expresa para prescindir de la ley o el reglamento en caso de la detección de una antinomia.

La razón para incluir este problema aquí es que estimo plausible el que esta oposición se resuelva en favor de la facultad del agente administrativo para no aplicar la ley o reglamento inconstitucional, a lo menos cuando la inconstitucionalidad conlleve a la lesión de posiciones jurídicas subjetivas de derechos fundamentales³⁵⁶. Un argumento fuerte a favor de esta postura radica en que, de no reconocerse esta facultad, se estaría obligando al respectivo agente administrativo a desarrollar un actuar lesivo a los derechos fundamentales, y por lo tanto antijurídico, respecto de la mayor parte de ellos y, en consecuencia, atacable en sede de recurso de protección.

Sin perjuicio de la respuesta que se dé al problema en general, o de la postura que se adopte frente a la tesis aquí planteada, queda en evidencia la necesidad de configurar acciones declarativas, tanto en favor de las respectivas instancias administrativas como de los particulares, destinadas a obtener certeza respecto del vínculo de la administración frente a una ley –o un reglamento– que se estima inconstitucional.

4. Tutela judicial frente a la actividad administrativa

En todo el ámbito de actuación del poder ejecutivo, la idea de su vinculación al principio de juridicidad lleva a postular la correlativa sujeción al control judi-

³⁵⁶ Es dudoso que pueda afirmarse la existencia de un “derecho fundamental a la publicidad” o “a la información” a partir del principio de publicidad del artículo 8º y del artículo 19 N° 12 CPR, como parece desprenderse de la relación de algunos fundamentos en las sentencias del Tribunal Constitucional en roles N° 634 (cons. 9º) y N° 783 (cons. 17º en relación con la idea de lesión a derechos fundamentales que otorga jurisdicción al Tribunal para pronunciarse a petición de un particular afectado). Sin embargo, si se aceptase ello, la tesis aquí propuesta habría tenido plena aplicación en el caso reseñado en la nota precedente.

cial. Esta sujeción debe entenderse en términos particularmente estrictos en lo que atañe a los derechos fundamentales. Si bien es cierto la tarea de control de la sujeción de la administración al derecho le es impuesta a los órganos jurisdiccionales en cuanto primeros garantes de los derechos fundamentales, no es de balde señalar que, respecto de la actividad del gobierno y la administración, el principio de separación de poderes no inhibe, sino por el contrario, llama a la intervención jurisdiccional en el control de los actos de gobierno y administración, precisamente para cumplir el objetivo perseguido por esa separación: que el poder detenga al poder en defensa de la libertad. La posibilidad de tutela aquí no se encuentra solamente dada por la posibilidad de acceso a los tribunales, sino también por el desarrollo de acciones idóneas y procedimientos eficaces para el control de la actividad administrativa. De este modo, el grado o intensidad de sujeción del ejecutivo a los derechos fundamentales debería servir de fundamento para una interpretación extensiva de la jurisdicción de los tribunales en el control de la actividad de gobierno y administración. Esto implica, por un lado, reconocer una amplia justiciabilidad de todos los actos de los órganos del poder ejecutivo y, también, la necesidad de reconocer instrumentos procesales adecuados para la tutela de los derechos frente al actuar de la administración. Como se señala más abajo, en esta materia el recurso de protección, si bien pudo estimarse en su momento un avance respecto de la situación histórica precedente, ha petrificado el desarrollo del control judicial de los actos del ejecutivo en sede jurisdiccional ordinaria. Para la efectiva protección de los derechos sería relevante reconocer, junto con la acción de nulidad de derecho público, acciones declarativas con finalidad de certeza, acciones de prohibición, acciones encaminadas al control de los cuerpos normativos producidos por el ejecutivo, demandas para imponer a la autoridad el deber de dictar un acto, acciones de plena jurisdicción, no sólo dirigidas a una indemnización sino también a obtener una prestación o un subsidio cuando es procedente, etc.

5. Actuación material de la administración

Particularmente relevante es la sujeción del poder ejecutivo a los derechos fundamentales en el ámbito de su actuación material, en especial, en su función de mantención del orden público y de la persecución y ejecución criminal. Se dan aquí, por una parte, actuaciones excesivas capaces de constituir lesiones a los derechos fundamentales (uso excesivo de la fuerza que provoca lesiones físicas, interrupción del ejercicio del derecho de reunión con ocasión de los desórdenes causados por elementos marginales no comprometidos en una manifestación, restricciones a la libertad de prensa en el contexto de eventos que comprometen el

actuar policíaco; tratamiento de los reclusos); por otro lado, se llegan a configurar actuaciones sin sustento legal que constituyen restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales (impedimentos de hecho de circular por determinadas calles o acceder a determinados lugares, por parte de agentes de las policías). La posibilidad de hacer efectivo en este campo la vinculación de la autoridad de los derechos fundamentales se encuentra en una relación de íntima dependencia respecto de las vías jurisdiccionales para hacerlos valer; pero también, respecto de la configuración legal y reglamentaria de las sanciones aplicables a los funcionarios que lesionan dichos derechos. Así, por ejemplo, una de las prácticas más perjudiciales para la efectiva vigencia de la seguridad individual se encuentra en la permanente impunidad en que quedan los agentes de las policías cuando, tras acojerse una acción de *habeas corpus* por defecto en la privación de libertad, se declara no haber motivo bastante para ordenar que los antecedentes pasen al Ministerio Público, según los artículos 311 y 312 del Código de Procedimiento Penal.

6. Derechos fundamentales y relaciones de sujeción especial

Por último, es un tópico dentro de la sumisión del ejecutivo a los preceptos sobre derechos fundamentales, el modo en que esta sumisión opera en las llamadas relaciones de sujeción especial. Con esta denominación se alude a la posición de quienes, además de la posición general de sujeción a la autoridad en que se encuentran todos los habitantes del país, se encuentra en una específica relación de sometimiento a la autoridad, en virtud y cumplimiento de una función estatal³⁵⁷. En este ámbito se consagran, ocasionalmente, restricciones legislativas o reglamentarias a los derechos fundamentales que no cuentan con una habilitación constitucional y que, por tanto aparecen como categorías sospechosas desde el punto de vista de su constitucionalidad. Es por ejemplo el caso de la prohibición de afiliación política de los miembros del poder judicial y de las fuerzas armadas y de orden y seguridad, la prohibición, para los jueces, de emitir opiniones que afecten a los miembros del poder judicial, las exigencias de fianza a los alumnos de las escuelas matrices, para poder ingresar a ellas, el procedimiento de autorización para que un miembro de las fuerzas armadas pueda contraer matrimonio, etc.

El argumento para sostener la procedencia de estas restricciones podría encontrarse en el carácter voluntario del ingreso de una persona a una relación de suje-

³⁵⁷ Este es un concepto restringido de relación de sujeción especial, único que presta alguna utilidad dogmática. La excesiva extensión de la idea de relaciones de sujeción especial a toda situación de especial vínculo o dependencia (por ejemplo, a la situación de los reclusos, de estudiantes de establecimientos públicos, de usuarios de servicios públicos) diluye toda utilidad conceptual de esta categoría. Para un enfoque crítico y muy completo se puede consultar la excelente memoria de prueba de FUENZALIDA (2007).

ción especial. Sin embargo, ello no obsta a que la respectiva disposición pueda ser evaluada a la luz de las reglas comunes que se aplican a la regulación de los derechos fundamentales, en especial, en vistas a establecer si persiguen un fin racional y necesario y si la medida adoptada es adecuada y proporcionada a ese fin.

§ 54. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

1. *Ámbito de vinculación de la función y los órganos jurisdiccionales*

La extensión de la vinculación de los órganos jurisdiccionales a los derechos fundamentales depende, conceptualmente, del concepto de función jurisdiccional y de jurisdicción, que se tenga. La expresión constitucional, "...órgano que ejerza jurisdicción..." (artículo 19 N° 3 i. V) la referencia al ejercicio de "...funciones jurisdiccionales..." (artículo 83 i. I oración final) y la mención de tribunales que en definitiva no ejercen jurisdicción (aquellos a los que alude el artículo 19 N° 16. i. V) hacen de esta cuestión algo más que un ejercicio teórico. La noción de función jurisdiccional que se adopta aquí es la que la entiende como aquella *función encargada de declarar de manera definitiva y vinculante los efectos jurídicos de una hipótesis por parte de un tercero no concernido*. Se superan, en la proposición de este concepto, tanto la idea de un juzgador mero aplicador del derecho, como la idea de conflicto. Si este último se encuentra originalmente vinculado a la idea de lo que hoy entendemos por función jurisdiccional, en el Estado moderno se ha ampliado su acción a ámbitos en los cuales resulta demasiado forzado, desde un punto de vista conceptual, incorporar el elemento conflictual. Por otro lado, la noción propuesta intenta superar la deformación ideológica del concepto de función jurisdiccional heredada del pensamiento de Montesquieu y del principio de soberanía popular, expresada por los representantes parlamentarios en una ley majestuosa, de la cual el juez es un esclavo. Cuando hay ley, ella acota las posibilidades de valoración del juez, por su necesidad de fundar la norma que propone como vigente, en su texto, como resultado de una interpretación; pero la aplicación de la ley no es un elemento constitutivo ni definitorio de la función jurisdiccional.

Sin embargo, no basta con la precisión conceptual para resolver cuál es el ámbito de los órganos jurisdiccionales vinculados a los derechos fundamentales. Mucho más, o, podría decirse, en un momento previo, es necesario atender a ciertos principios de organización contenidos en la propia Constitución, que limitan las posibilidades de otorgar, a un órgano cualquiera, la función jurisdiccional. Por lo pronto, existe la expresa prohibición a la que se encuentra sometido el Ministerio Público (artículo 83 i. final), y la prohibición general contenida en el artículo 76, dirigida al Congreso Nacional y al Presidente de la República (respec-

to de éste se entienden comprendidos el gobierno y la administración en general, por las atribuciones que le son atribuidas constitucionalmente al Presidente en el artículo 24 i. I), frente a la expresa exclusividad de conocimiento, resolución y ejecución que el artículo 76 i. I otorga a los tribunales establecidos por la ley. Por otro lado, encontramos las expresas habilitaciones a órganos cuya naturaleza no es jurisdiccional, como el Senado en sus atribuciones jurisdiccionales (artículos 53 N°s. 1, 2 y 3) y la Contraloría General de la República en relación al juzgamiento de cuentas (artículo 98 i. I). Resulta de esto un principio de organización según el cual incluso el legislador se encuentra limitado para crear órganos jurisdiccionales, o tribunales, adscritos a órganos de gobierno y administración, o al Congreso, salvo en los casos en que la propia Carta les otorga una función jurisdiccional específica, excéntrica respecto de lo dispuesto en el artículo 76.

La importancia de esta delimitación conceptual está dada por dos cuestiones principales. Por un lado, es solamente en la correcta identificación de un órgano como órgano jurisdiccional que podemos apreciar la exigencia y satisfacción de la tutela judicial asegurada por el artículo 19 N° 3. No importando de qué tipo de atribuciones se encuentren dotados otros órganos a los que en definitiva podamos negarles el carácter de tribunales y, por lo tanto, de órganos jurisdiccionales, lo importante es producir una separación entre el ejercicio de sus competencias y aquellas que denominemos jurisdiccionales, de tal modo que su actuar no sea considerado bajo ningún aspecto con las características propias del acto jurisdiccional, en especial, la cosa juzgada y con ella la preclusión del recurso al orden jurisdiccional. De este modo, cualquiera sea la modalidad de actuaciones para-jurisdiccionales, denunciarlas como no jurisdiccionales implica dejar a salvo la vía judicial, garantizando de este modo la protección en el ejercicio de los derechos que asegura la citada disposición constitucional³⁵⁸. Por otro, la separación entre órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales permite hacer aplicables a los primeros las reglas fundamentales propias que para estos órganos, y su actividad, prevé la Constitución, y someter a los órganos no jurisdiccionales a aquellas reglas y procedimientos de garantía adecuados para el tipo de órgano y actividad de que se trate³⁵⁹.

³⁵⁸ La falta de esta claridad puede generar importantes vacíos o lagunas de tutela judicial. ¿En qué situación se encuentran los afectados por las resoluciones del Panel Eléctrico? ¿A quién y bajo qué concepto pueden recurrir frente a este órgano que, si es administrativo, debiese entenderse sometido a pleno control judicial, y si es jurisdiccional, a la superintendencia de la Corte Suprema y a la acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional?

³⁵⁹ Una extensión del concepto de función jurisdiccional, como la practicada por el Tribunal Constitucional ("el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden

2. Contenido de la vinculación

La vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales puede calificarse como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho. Y esto, de entrada, se explica por la doble faz de la judicatura, como destinataria de los derechos fundamentales, y como principal garante de los mismos, y de todo derecho de las personas. El concepto de garantía a los derechos fundamentales, en una de sus acepciones más importantes, consiste en la existencia de órganos y procedimientos jurisdiccionales configurados de manera idónea para su defensa. Una función primordial que puede llegar a cumplir el estudio de los derechos fundamentales es recuperar, para los tribunales, el rol protector de los derechos, que heredaran de la primera y más trascendental función del monarca medieval, la protección de sus súbditos a través de la facultad de impartir justicia, y que retrocediese al segundo plano en la imagen (históricamente condicionada por la evolución francesa y la idea de la soberanía popular manifestada en la majestad de la ley) de un juez aplicador de la ley. En el caso particular de la historia nacional, no pocos de sus episodios lamentables se explican por el abandono de los tribunales de su rol protectorio, al amparo de un mal entendido principio de legalidad y de división de poderes.

Como destinatario de los derechos fundamentales, los órganos jurisdiccionales se encuentran en primer lugar ligados a aquellos derechos específicamente dirigidos a su actividad; podríamos decir, a los derechos fundamentales de carácter procesal. Cabe hacer aquí una precisión, y es que los denominados “derechos” en materia de la actividad jurisdiccional se acercan más bien a principios de organización y actuación jurisdiccional que a facultades subjetivas, aun cuando en su consagración histórica se han incluido por lo general como derechos individuales³⁶⁰. En el derecho comparado se ha llegado a proponer para estos principios, la expresión de “análogos” a los derechos fundamentales, o “cuasi-iusfundamentales”; en muchos casos, se llega a considerar a algunos de ellos como garantías institucionales (ej.: derecho al juez natural).

Los principios de organización constituyen elementos de la garantía jurisdiccional de los derechos (ver infra § 85) y se dirigen, por regla general, al legislador,

sin perjuicio de que el juez deba tomarlos en cuenta al momento de actuar sus competencias. Así, por ejemplo, el derecho al juez natural, que inhibe la creación de tribunales *ad hoc*, es una limitación para el legislador —suponiendo el principio de legalidad en la creación del órgano jurisdiccional—, pero también deberá ser tomado en cuenta al momento de que el juez examine las normas atributivas de competencia, de tal manera de declararse incompetente si la atribución de competencia en el caso concreto es producto de circunstancias que eliminen el carácter de generalidad y abstracción que deben revestir dichas normas, carácter que constituye el contenido protegido del derecho al juez predeterminado por ley. Los principios dirigidos a la actuación del órgano jurisdiccional no parecen, a primera vista, escasos en nuestro ordenamiento constitucional: i. artículo 19 N° 3 i. I; ii. artículo 19 N° 3 i. II (deber de hacer efectivo el derecho a defensa); iii. artículo 19 N° 3 i. V (deber de conducir el proceso de acuerdo a la ley, y de manera previa a la sentencia: al mismo tiempo, requisito de la sentencia misma); iv. artículo 19 N° 3 i. VI (limitación de la jurisdicción penal por el principio de legalidad del delito y de la pena); v. 19 N° 7 [e] (también como limitación al legislador) vi. 19 N° 7 [f]; vii. 19 N° 7 [g] (como limitación al juez y al legislador); viii. 19 N° 7 [h] (*idem*); ix. 19 N° 7 literal [i] (de donde se desprende también un estándar de actuación para los órganos jurisdiccionales); x. ppo. de inexcusabilidad artículo 76 i. II, y xii. principios de actuación derivados de la regla de responsabilidad del artículo 79 y del estándar del buen comportamiento del artículo 80.

Sin embargo, una lectura detenida de la Constitución arroja que nuestro ordenamiento constitucional presenta ciertas particularidades. Por un lado, no existe una regla específica que vincule el actuar de los tribunales del capítulo VI de la Constitución al derecho o a la ley, a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Constitucional (artículo 92 i. penúltimo) o el Tribunal Calificador de Elecciones (artículo 95 i. penúltimo). Si bien es cierto dicho vínculo se obtiene de la construcción normativa a partir de las disposiciones de los artículos 6°, 19 N° 3 i. V, VII y 76 i. II, ellos entregan a la propia ley el determinar el alcance y contorno preciso de la vinculación. Queda planteada aquí la pregunta de si la entrega de atribuciones para fallar conforme a equidad y/o prudencia desvinculan al juez del deber de respeto y promoción de los derechos fundamentales constitucionales o si dichos conceptos, en el sistema de fuentes bajo la Constitución, deben siempre entenderse involucrando dicho deber.

Por otro lado, encontramos en nuestro orden constitucional, en contraste con el derecho comparado y la noción de Estado de Derecho, una alteración importante de la institución del homólogo funcional a la garantía del debido proceso. Dicha alteración se produce en cuanto la Constitución mediatiza el principio

Continuación nota ³⁵⁹

temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.”, rol 346 c. 43, rol 472 c.15, etc.), plantea un serio problema al admitir el ejercicio de funciones jurisdiccionales por un órgano que no es imparcial (ver punto 4 de la disidencia del ministro Correa en el rol 472). Queda de este modo en evidencia el efecto que, en este campo, tiene la construcción conceptual, para un mayor o menor efecto protectorio de los derechos fundamentales.

³⁶⁰ Lo que tiende a justificar, una vez más, un concepto de derechos fundamentales, en primera línea, como elementos normativos de la organización y actuación del poder político.

fundamental de actuación jurisdiccional, el derecho al justo y racional procedimiento, desvinculando al órgano jurisdiccional de su satisfacción, y estableciéndolo como un deber dirigido al legislador. La idea de justo y racional procedimiento cumple, en nuestro ordenamiento constitucional, la función normativa del derecho al debido proceso o análogos (“*due process of law*”, “*rechtliches Gehör*”, “*droits de la défense*”, “tutela judicial efectiva”). Este derecho, o elemento de la garantía jurisdiccional, nace al amparo de un procedimiento en el cual el juez goza de amplias facultades, y se transforma en la denominación general de las exigencias de racionalidad y “juego limpio” (*fairness*) que se pueden dirigir hacia el órgano jurisdiccional. Por definición, se trata de un estándar abierto, de un contenido que si bien puede precisarse en el momento del desarrollo actual de la institución, tiene por característica fundamental una nota de indeterminación que le permite aceptar cualesquiera exigencias futuras específicas que puedan plantearse a la acción del órgano jurisdiccional. Puede decirse, a partir de esto, que es la principal, pero además, la única exigencia sustantiva dirigida a la actuación de este órgano³⁶¹. Puede coexistir con una regulación legal de su procedimiento, pero en este caso despliega su función, por una parte, en exigencias a ámbitos no cubiertos por la ley, y, por otra, como elemento de reproche a la ley en los casos en que impone deberes de actuación, o limita facultades del juzgador, de forma tal que no se condicen con los ya mencionados requisitos de racionalidad y *fairness*.

La específica deficiencia de nuestro orden constitucional, en esta materia, consiste en no someter al órgano jurisdiccional a esta exigencia —que sólo tiene sentido propio, como ya se mencionó, como elemento de la garantía jurisdiccional— y desplazarla a un mero deber legislativo. Con esto se producen dos efectos nocivos. En primer lugar, el juez sólo queda sometido al principio de legalidad: la medida en que se le puedan plantear las exigencias de un justo y racional procedimiento son aquellas contenidas en la ley, que es la que fija las reglas de su actuación, y el juez satisface su deber de actuación de acuerdo al procedimiento en los términos previstos por la ley (“...legalmente tramitado”). De tal modo, resulta difícil construir un alegato de lesión al justo y racional procedimiento precisamente en aquel ámbito en que más relevante resulta el derecho al debido proceso en el derecho comparado; en el ámbito de situaciones no previstas por el contenido legislativo desarrollado hasta el momento.

El segundo efecto nocivo es que, si bien limitado por el contenido esencial de lo que se estime es el justo y racional procedimiento, su regulación queda entrega-

da al legislador. Será posible en casos específicos y extremos atacar la ley procesal cuando ella ha transgredido ese contenido esencial: pero no es posible exigir la configuración de reglas específicas, de acuerdo a lo que, al menos doctrinariamente, podría estimarse el debido proceso. Las omisiones legislativas son, en general, y en particular en este ámbito, difíciles de superar a nivel de jurisdicción constitucional, en especial a partir de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que señala que la inconstitucionalidad afecta a preceptos determinados, y no a un proyecto de ley en su integridad. Es así como un proyecto de ley o una ley que en su conjunto contenga graves omisiones en materia de regulación de lo que correspondería a justo y racional procedimiento, pero que en las disposiciones que contempla no choquen directamente con esta institución, no podría ser atacado por inconstitucional, ya que el ataque por las omisiones afectaría al proyecto de ley o a la ley en su conjunto y a ninguna disposición específica, precisamente porque ella no existe. Con esta misma raíz, será difícil atacar disposiciones legislativas específicas en materia de procedimiento, cuando la declaración de inconstitucionalidad de su aplicación (o de inconstitucionalidad, en su caso) produzca un efecto aún más perjudicial para el justo y racional procedimiento que su mantención. Así por ejemplo el caso de una disposición restrictiva de recursos o derechos de defensa, que por tal calidad de restrictiva es contraria al justo y racional procedimiento, pero que constituye la única fuente legal para impetrar los respectivos recursos o derechos. En esta hipótesis, su declaración de inaplicabilidad tendría un efecto más nefasto que la disposición en su versión “inconstitucional”.

3. Derechos fundamentales e interpretación conforme a la constitución

Otro aspecto a ser mencionado en este acápite, aun cuando no es un problema exclusivo del ámbito de los derechos fundamentales, (pero que con respecto a ellos adquiere especial relevancia) es el tema de la interpretación conforme a la constitución. Este tópico alude a una técnica que puede constatarse en dos niveles, a nivel de intérprete operativo de la constitución (órgano de control de constitucionalidad), y a nivel del intérprete operativo de la ley (órgano jurisdiccional, órgano administrativo).

En el primer caso se relaciona con el principio de vinculación del legislador a la constitución y ha sido desarrollada por los tribunales constitucionales (en particular y originalmente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán) para salvar la constitucionalidad de una disposición, indicando en su sentencia el sentido compatible con la constitución que debe ser atribuido a una disposición legal, en el entendido que en ese solo sentido supera el control de constitucionalidad y puede ser declarada constitucional. Esta práctica, común en las sentencias de nuestro

³⁶¹ “...un derecho fundamental procesal general y no escrito comprensivo de todas las garantías constitucionales procesales” (“...*ein die speziellen verfassungsrechtlichen Prozessgarantien überröhlendes allgemeines ungeschriebenes Prozessgrundrecht*”), Vollkommer, citado por Stern (1988), p. 1471.

Tribunal Constitucional (y como se ha dicho, no exclusiva del ámbito de los derechos fundamentales) admite serias críticas, ya que, en contra de lo que se sostiene usualmente, esta técnica no es *más*, sino que *menos* respetuosa de las atribuciones del legislador³⁶². En efecto, la tarea del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad es verificar la compatibilidad normativa del sentido que atribuye a una ley (o precepto sometido a su control) con el sentido atribuido a la Constitución. Lo que está en el ámbito de la decisión del órgano de jurisdicción constitucional, sin embargo, es sólo lo segundo: la atribución de sentido a la Constitución, ya que el sentido que se le atribuya a la ley corresponderá a las demás instancias de aplicación del derecho de acuerdo al orden de competencias establecido en la misma Carta³⁶³. Si el Tribunal Constitucional se autoatribuye la facultad de declarar la constitucionalidad de una ley fijando el único sentido en que la estima constitucional, agrega, al texto aprobado por el legislador, su propio texto normativo (aquella parte de la prevención interpretativa contenida en la sentencia), incorporando de este modo, a sus atribuciones jurisdiccionales, un momento nomogenético. Dicho de otra manera, dispone no sólo del instrumento de control, sino que del objeto controlado. Realiza el equivalente funcional de una ley interpretativa de ley, competencia reconocida, en nuestro sistema jurídico, al legislador.

Fuera de la jurisdicción constitucional, el principio de interpretación conforme a la constitución no es otra cosa sino un aspecto del deber de integración de las fuentes del ordenamiento jurídico en vistas a determinar la norma rectora de un caso; para ello, el juez debe tener presente su vinculación directa a la Constitución (artículo 6º i. I, II) e incorporar en el proceso de interpretación de la ley los elementos dados por la Carta Fundamental. En el caso de los derechos fundamentales, y aparte las disposiciones del artículo 19, por mandato constitucional del artículo 5º i. II, este deber de integración se extiende a aquellas disposiciones de los tratados internacionales que puedan estimarse formando parte de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. E involucra un principio de interpretación interesada en cumplimiento del deber de promoción, contemplado en el mismo precepto.

4. Juez de la instancia y la aplicación de leyes inconstitucionales

En este proceso de integración, que es consustancial a la jurisdicción, pueden surgir conflictos entre normas. Si bien en primera línea es tarea del intérprete buscar la forma de conciliar las distintas fuentes en pos de conservar la unidad del ordenamiento, puede suceder que, en un caso, la antinomia se demuestre como insuperable dentro del proceso interpretativo, entendido como aquél que se mueve dentro de las posibilidades de atribuir un sentido plausible a las fórmulas de texto de los respectivos preceptos. Cuando esta antinomia se presenta entre la Constitución y una ley, se plantea una cuestión altamente controversial.

Por un lado, resulta inconcuso que el juez se encuentra vinculado a la Constitución, como norma suprema, y a las normas dictadas conforme a ella. De acuerdo al artículo 6º i. I, entonces, podría negarse el deber de sumisión al juez a normas que no se encuentren dictadas conforme a la Constitución. Además, y esto de acuerdo a un razonamiento que no ha sido refutado hasta hoy desde *Marbury contra Madison*, es precisamente la tarea del juez realizar la aplicación de las leyes, solucionando los conflictos que existan entre ellas, y si una ley es específicamente la ley constitucional, deberá primar en razón de su rango, por ser creadora de todas las competencias estatales, incluidas las de un legislador que no ha podido apartarse de ella (la Constitución) sin privar de fundamento a su actuar.

Por otra parte, nuestra Constitución entrega una competencia específica para declarar que la aplicación a un caso concreto, de un precepto legal, puede resultar inconstitucional, lo que lleva a la mayoría de la doctrina y a la jurisprudencia a declarar que no le corresponde al juez pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, pudiendo, a lo más, elevar la respectiva cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Así planteado el problema, conduce a un callejón sin salida. O bien se acepta la posibilidad de que el juez prescinda de la ley inconstitucional y sea leal a la Constitución, pasando por sobre ésta en la atribución de competencias del recurso de inaplicabilidad, o bien se reserva al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la aplicación de una ley y por tanto se obliga a los jueces, no mediando esta declaración, a aplicar las leyes inconstitucionales.

Sin embargo, la cuestión admite otro enfoque. Si se aprecia bien, ambas posturas no se excluyen, sino que son complementarias. Lo que entrega la Constitución al Tribunal Constitucional es la facultad de declarar inaplicable un precepto legal a un caso, por ser inconstitucional su aplicación. Por lo tanto, esta facultad apunta a descargar, al órgano de la instancia, del problema de la antinomia. Dicho de otra forma, el recurso de inaplicabilidad implica la posibilidad de un pro-

³⁶² En contra, afirmando la conveniencia de las sentencias interpretativas en aplicación del principio de "deferencia razonada", ZAPATA LARRAÍN (2002), pp. 120 y ss.

³⁶³ El que la reforma constitucional del año 2005 haya otorgado al Tribunal la competencia prevista en el artículo 93 i. I N° 6 y que involucre dentro de esta competencia la consideración que el Tribunal debe hacer respecto de que el precepto cuya aplicación se impugna "pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto" ha alterado la idea básica que subyace al control de constitucionalidad y ha llevado al Tribunal una buena parte del conocimiento de cuestiones de la instancia sobre aplicación del derecho infraconstitucional.

nunciamento anticipado que sustrae de las facultades del órgano jurisdiccional la consideración del precepto legal que ha sido declarado inconstitucional. No es, por tanto, una forma de resolver la antinomia en la instancia, sino de impedirla. Por lo tanto, no puede entenderse que el recurso de inaplicabilidad prive al órgano jurisdiccional de una facultad aneja a éste (o a la jurisdicción como atributo, habría que decir con mayor propiedad), cual es la de pronunciarse sobre la antinomia cuando ella se produce³⁶⁴. Menos aún puede estimarse que la consagración del recurso de inaplicabilidad dispense al juez de la instancia de su deber de cumplir cabalmente con el artículo 6º y dar primacía a la Constitución por sobre las normas que la contravengan. Si, al hacerlo, el juez aplica mal el derecho, queda abierto el camino de recursos ordinarios y extraordinarios, incluyendo casación en el fondo, cuando sea procedente, para examinar la corrección de su criterio jurídico al resolver la antinomia entre Constitución y ley. Por lo demás, nuestro ordenamiento jurídico ya acoge procedimientos destinados a hacer valer, en sede distinta al Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales cuando han sido lesionados por una sentencia judicial (recurso de nulidad en el proceso penal).

En la doctrina nacional, Lautaro Ríos Álvarez ha defendido de manera consistente esta posibilidad de control difuso y se ha hecho cargo de las principales objeciones planteadas por la doctrina mayoritaria, en particular, las que se basan en la relación de especificidad del artículo 93 i. I N° 6 de la Carta³⁶⁵ con la disposición del artículo 6º, las que se fundan en la idea de reparto de competencias, y las que aluden a los mecanismos previstos en el derecho comparado, en que se obliga al juez a plantear la cuestión concreta ante el respectivo órgano superior de jurisdicción constitucional. También ha mostrado cómo, en términos prácticos, ya se empieza a desarrollar una práctica de control difuso en algunos tribunales de nuestro país³⁶⁶. Se muestran partidarios también de reconocer esta facultad a los tribunales de la instancia José Ignacio Martínez Estay³⁶⁷ y Miguel Ángel Fernández González³⁶⁸.

³⁶⁴ A diferencia de lo que ocurre con el mismo problema a nivel del órgano administrativo, aquí sí hay una facultad expresa otorgada al órgano jurisdiccional: la de juzgar, la de decidir pronunciándose sobre el derecho del caso.

³⁶⁵ Antes de la reforma, la referencia era hecha al artículo 80, respecto de la facultad de la Corte Suprema para conocer de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

³⁶⁶ RÍOS ÁLVAREZ (2002).

³⁶⁷ MARTÍNEZ ESTAY (2003).

³⁶⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2001).

5. Derecho a tutela judicial de derechos y de derechos fundamentales constitucionales

La vinculación del órgano judicial a todos los derechos resulta particularmente relevante en la interpretación que se haga del propio 19 N° 3 i. I, en la comprensión que la doctrina mayoritaria hace de este precepto, viendo en él un deber de tutela judicial. Hay que destacar que esta tutela asegurada por la Constitución es una tutela a todo tipo de derecho, siendo importante no caer en el error de ver en ella, en primera línea, una tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, mientras que en la protección a los derechos que carecen de reconocimiento constitucional el juez queda vinculado al reconocimiento que de esos derechos pueda hacer la ley, o él mismo, a través de las vías procesales reguladas por la ley, en materia de protección de los derechos fundamentales por el juez ordinario se plantea precisamente un deber constitucional directo que, eventualmente, puede habilitar actuaciones *praeter legem*, a falta de procedimiento o instrumentos idóneos para una protección definitiva o provisional de los derechos fundamentales, e, incluso, *contra legem*, según lo expuesto en § 53.4. Particularmente relevante resulta, en este ámbito, la concordancia del deber de protección a los derechos, en virtud del artículo 19 N° 3 i. I, y el principio de inexcusabilidad, en la medida en que si bien este principio es indiscutido en cuanto a su procedencia en caso de falta de ley *decisoria litis*, no ha sido desarrollado con igual rigor para el caso de falta de ley procesal, partiendo por aquella atributiva de competencia. En efecto, si para la procedencia del principio de inexcusabilidad se hace necesario que el tribunal sea requerido en materias de su competencia, la única forma de que el principio de inexcusabilidad tenga efectiva vigencia es que el orden judicial se encuentre configurado de tal forma que sea posible encontrar al menos un órgano con competencia residual al cual recurrir a falta de ley que específicamente atribuya competencia a otro, y de esta forma solicitar la resolución de casos jurídicamente relevantes pero no regulados positivamente. Sin embargo, esto no ha sido entendido por nuestro legislador, ya que configurando la competencia residual de los jueces de letras, en vez de consagrarla como competencia residual orgánica ("de todos los asuntos que las leyes no encomienden a otros tribunales") la establece simplemente como competencia residual taxativa (artículo 45 COT "*Los jueces de letras conocerán (...) N° 4 De los demás asuntos que otras leyes les encomienden*").

De esta forma, el primer requisito para hacer efectiva la protección de los derechos asegurada por la Constitución comienza, o bien por la consagración legislativa de competencia residual en los jueces de letras (en lo civil, en su caso) o bien por la extensión del principio de inexcusabilidad, respecto de falta de ley

específica atributiva de competencia, de tal manera de entenderlos titulares de la competencia residual del sistema judicial en materia de protección de derechos.

Sin embargo, la cuestión no se agota en su faz orgánica sino que se proyecta también al ámbito procedimental. El cumplimiento de una función de protección de los derechos requiere de vías de acción que, en la mayor parte de los casos, superan las posibilidades otorgadas por los procedimientos previstos en la legislación vigente en Chile al año 2008: en especial, considerando que el procedimiento común, a falta de regulación expresa, es el del juicio ordinario o el juicio sumario, absolutamente inidóneos para una función de protección inmediata de los derechos fundamentales. La solución puede buscarse por dos caminos. Una vía sería adoptar una interpretación interesada de las facultades cautelares de los tribunales³⁶⁹, tendente en particular a una acción inmediata en los casos en que la protección, para el caso de ser rechazada, conduzca a un resultado de irreversibilidad. Otro camino a recorrer sería derivar las facultades cautelares directamente de los atributos de la jurisdicción, como parte de la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, sirviendo como título jurídico suficiente el objetivo de protección de un derecho fundamental³⁷⁰ y el respeto a los principios generales que rigen las medidas cautelares (existencia de antecedentes plausibles que la justifiquen, peligro de un daño irreversible que amenace hacer ilusorio el resultado de la acción, carácter provisional, responsabilidad de quien hace uso abusivo de una medida cautelar). El requisito de *fumus boni iuris* se resuelve en esta materia en la cuestión sobre titularidad del respectivo derecho fundamental.

La presencia, en nuestro sistema jurídico, de la acción de protección prevista en el artículo 20 de la Constitución, ha sido uno de los factores que puede haber influido de manera más directa, y negativa, en el desarrollo de la vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales; existiendo esta acción, nadie intenta la protección a nivel de tribunal de primera instancia, ni se produce una presión que derive en el desarrollo jurisprudencial de las instituciones y mecanismos de garantía en ese nivel. Y si bien no se discute que significó en su momento un avance en la tutela de los derechos fundamentales, un juicio ponderado no puede dejar de

apreciar, en la actualidad, el efecto reductivo que ha tenido en el espectro de las alternativas de desarrollo del sistema de protección iusfundamental.

En primer lugar, por el propio universo de derechos amparados por el artículo 20, con la consiguiente exclusión de otras categorías y posiciones jurídicas. En segundo lugar, por el efecto reflejo a que lleva el que, careciendo de desarrollo los mecanismos idóneos de protección de derechos e intereses a nivel del juez de letras, la protección de derechos y posiciones jurídicas no fundamentales se busca a través de su inclusión como categoría dentro de alguno de los derechos fundamentales, siendo el derecho elegido para elevar a nivel fundamental estos intereses, posiciones o derechos no fundamentales, casi sin excepción, el derecho de propiedad sobre las cosas incorpóreas. Cabría preguntarse si, asumiendo en rigor el resultado de esta práctica, tiene sentido seguir hablando de derechos *fundamentales* una vez que se logra otorgar a todo derecho esa calidad. Por otro lado, una serie de derechos fundamentales a los que correspondería protección en virtud del mandato del artículo 5° i. II, quedan excluidos, estimándose, incorrectamente, que el derecho a un recurso sencillo y rápido, contemplado por el artículo 25 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y el artículo 2.3. del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, puede identificarse con la acción de protección del artículo 20. Éste no es el caso, ya que el objeto de la protección, en estos tratados, son los derechos y libertades reconocidos por el respectivo pacto, o por la Constitución o la ley; claramente, nuestra acción de protección sólo cumple, y parcialmente, con la protección de aquellos consagrados en la Constitución.

En segundo lugar porque la Corte Suprema, a través de sus autos acordados, ha limitado temporal (treinta días) y procesalmente (examen de admisibilidad) la protección constitucional ofrecida. De este modo, la acción de protección no es una acción de la que pueda decirse en su actual estado, con convicción, que representa un óptimo mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Por último, cabe preguntarse si una materia de tanta relevancia como lo es la tutela de los derechos fundamentales puede ser realizada de manera idónea por un tribunal que opera sobre la base del principio de mediatez, especialmente tomando en cuenta la ausencia de un contradictorio y probatorio en forma en el procedimiento de protección.

Todas las consideraciones precedentes constituyen elementos de juicio en vistas a emprender una exploración de la necesidad y posibilidades de la tutela ordinaria de los derechos fundamentales en nuestro país.

6. *Judicatura y principio de igualdad*

Otro de los derechos que incide particularmente en la actuación del órgano jurisdiccional es el principio de igualdad. En virtud de este principio se postula

³⁶⁹ En particular, podría construirse esta figura a partir de lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, "...y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley..." que deja en evidencia que, a partir de nuestro ordenamiento positivo (y en concordancia con parte de la doctrina), es posible sostener que la facultad de dictar medidas precautorias es aneja a la jurisdicción y no depende de una autorización legal.

³⁷⁰ La propuesta suena aventurada. Sin embargo, no lo es tanto. Fue uno similar el camino argumental seguido por la Corte Suprema argentina en el caso Siri para aceptar, sin disposición constitucional ni legal que así lo dispusiera, una acción innominada de tutela de derechos constitucionales, distinta al *habeas corpus*, que devino en el amparo (posteriormente regulado por ley y luego por disposición constitucional).

que, aun cuando la decisión jurisdiccional sobre un determinado punto que afecta derechos de las personas (sean fundamentales o no) no tenga un carácter vinculante en el respectivo sistema procesal, los tribunales deben seguir la *ratio decidendi* de las decisiones previas sobre aplicación del derecho en casos sustancialmente iguales, en virtud del mandato de igualdad, y, para el caso de apartarse de estas decisiones, asumir una carga agravada de argumentación, en el sentido de cancelar la posible arbitrariedad de la discriminación a través los respectivos fundamentos que respalden la desviación de la decisión precedente³⁷¹.

Si se une al principio de igualdad el principio de unidad de la constitución, lo dicho se extiende a las decisiones de las diversas jurisdicciones, en vistas a asegurar la fuerza normativa de la constitución como norma suprema y unificadora del ordenamiento jurídico, ya que esta calidad sólo puede obtenerse a partir de un manejo de la constitución, como texto, que persiga evitar la existencia coetánea de significados incompatibles atribuidos a un mismo precepto constitucional, por parte de diversos órganos jurisdiccionales.

En el derecho comparado, la vinculación del poder judicial a los derechos fundamentales se ve reforzada en mucho casos, producto de la existencia de un procedimiento de amparo o queja constitucional, que otorga al órgano de la jurisdicción constitucional (Tribunal Constitucional Federal, en Alemania, Tribunal Constitucional Español) la posibilidad de revisar todos los actos de las autoridades públicas, incluyendo las sentencias del poder judicial, en vistas a examinar su conformidad con la constitución, en el caso de un alegato de lesión a derechos fundamentales. Si bien en el plano teórico la idea es plenamente concordante con un control integral de los actos del poder público, su aplicación práctica presenta serias dificultades. Dentro de ellas, la principal es la dificultad para encontrar un criterio que delimite las facultades de control del Tribunal Constitucional, en lo tocante a la lesión de derechos fundamentales respecto de las facultades de interpretación de la ley del tribunal de la instancia, o del respectivo recurso.

§ 55. EL PODER CONSTITUYENTE (artículo 5º i. I CPR)

La vinculación del poder constituyente a los derechos fundamentales se plantea a partir de dos variantes dogmáticas principales.

En algunos casos, estos derechos se encuentran contemplados de una manera directa o indirecta en una cláusula pétrea, como ocurre con el artículo 79 de la

Ley Fundamental de Bonn, en que se incluye el respeto a los derechos fundamentales con el Estado de Derecho y el orden democrático y libertario del Estado alemán.

En otros sistemas, de modo similar al nuestro, la carta fundamental no contempla este tipo de cláusulas de reforma prohibida. Sin embargo, ha llegado a plantearse la existencia de un límite, incluso para el poder constituyente derivado, a partir del artículo 5º i. II. Si la soberanía reconoce ese límite, y el ejercicio del poder constituyente derivado es manifestación de esa soberanía, se concluye que no se podría, por vía de la reforma a la Constitución, llegar a atentar contra los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta postura es la planteada por los textos de estudio: así, por ejemplo, Verdugo, Pfeffer y Nogueira, señalan que “*en función de la defensa de los derechos fundamentales se le imponen límites objetivos al Poder Constituyente: ninguna reforma constitucional, ley interpretativa, ley complementaria, podrá afectar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”³⁷².

Sin embargo, esta postura se enfrenta, al menos, a una contradicción, ya que los mismos que sostienen este límite para el constituyente derivado, son los que señalan que la consagración constitucional de los derechos tiene sólo el carácter de un reconocimiento, y que estos derechos los tiene la persona aun en ausencia de consagración constitucional, por ser innatos y anteriores al ordenamiento jurídico. De este modo, su supresión del texto constitucional sólo disminuiría el nivel de garantía positiva, pero no afectaría el derecho mismo. Desde esta perspectiva cabe preguntarse si el artículo 5 i. II representa un límite al poder constituyente derivado.

La respuesta es que el imperativo de respeto a los derechos esenciales, y el carácter limitación que ellos tienen frente al ejercicio del poder constituyente derivado, adopta un carácter demarcatorio destinado, fundamentalmente, al constituyente derivado que es leal con el principio inspirador de la Constitución. De este modo, cualquier reforma que pudiese entenderse que afecta efectivamente a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (más allá de la mera disminución del nivel de su garantía vía consagración o reconocimiento constitucional), incluyendo la eliminación del propio artículo 5 i. II, implica que el constituyente derivado se aparta de la definición básica y fundante de la Constitución y, en esos términos, surge como una cuestión, más que jurídica, política. Nos encontramos aquí, en el fondo (o sustancialmente, si se quiere) ante una pretensión de ejercicio del poder constituyente originario, que se presenta formalmente

³⁷¹ En este sentido ALCALDE (2001), p. 465.

³⁷² VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (1997), p. 194.

como constituyente derivado, bajo el ropaje de la propia Constitución que viene a negar. Es claro que la decisión de esta pretensión ya escapa al análisis jurídico dentro del marco constitucional vigente y puede llevar, en un sentido muy técnico de la expresión, a un momento revolucionario.

DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO XI

LOS PARTICULARES COMO DESTINATARIOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES: EL EFECTO HORIZONTAL³⁷³

§ 56. CONCEPTO Y RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se suele denominar efecto de irradiación de los derechos fundamentales a la forma en que la Constitución se proyecta hacia el orden subconstitucional por la vía de los derechos fundamentales. Esta proyección adquiere dos modalidades. Una, la consideración de los derechos fundamentales como derecho objetivo, vista en el capítulo IX; otra, el llamado efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales, en que los particulares son considerados destinatarios de los derechos fundamentales. No constituyen fenómenos distintos, sino más bien, las dos caras de una moneda, como ha quedado demostrado al tratar sus orígenes en el § 49.

La consideración de los derechos fundamentales como derecho objetivo lleva a sostener que los preceptos iusfundamentales deben ser incorporados al sistema de fuentes, modificando de esta forma tanto el sistema (v.g. al introducir el precepto iusfundamental como fuente directa de derechos y obligaciones) como las fuentes mismas (por ejemplo, derogación tácita a partir de preceptos constitucionales) y sus procesos de aplicación (interpretación conforme a la constitución, integración de lagunas, etc.).

Por efecto relativo u horizontal de los derechos constitucionales se entiende, en un sentido amplio, las consecuencias que la consagración y protección constitucional de los derechos individuales tiene para los particulares, y en un sentido algo más restringido, la incidencia específica de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas. Ello, en oposición a la tradicional apreciación de los derechos fundamentales como derechos cuyo destinatario es la autoridad pública.

³⁷³ Este capítulo corresponde, en lo medular, a un trabajo publicado en la constitucionalización del derecho chileno, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica, Santiago 2003.

El efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales es aceptado sin discusión –y, habría que agregar, sin mayor reflexión– en nuestro país. Por una parte, las disposiciones constitucionales presentan una configuración extraordinariamente tentadora para la proposición de una irrestricta teoría del efecto horizontal directo de los derechos, en especial, por las disposiciones del artículo 6º inciso II de la Carta, en la parte que señala que las disposiciones de la Constitución obligan también “a toda persona institución o grupo”; así como por la amplísima redacción del artículo 20, en relación al origen de la privación, perturbación o amenaza a un derecho de los protegidos, en cuanto el acto u omisión causante de la lesión no se encuentra limitado en absoluto respecto de la persona de quien puede provenir. Cosa similar sucede en el ámbito del artículo 19 N° 16 i. III, que aparece como límite a la libertad expresada en el inciso anterior de dicho numeral, y, en esa medida, afectando a cada persona en el ejercicio de su libertad de contratación laboral.

Por otro lado, esta configuración del texto constitucional se ve abonada por los pronunciamientos doctrinarios³⁷⁴. Manuel Núñez Poblete expresaba en 1997, respecto de los derechos fundamentales, que “...el que se los haya escrito para defenderse (del Estado) en nada afecta su pretensión para imponerse sobre la voluntad del simple particular”, y proseguía: “...la sola observación de nuestra práctica judicial nacional, (especialmente la derivada de los juicios de protección y amparo) demuestra que los tribunales también resuelven, bien o mal, conflictos entre particulares teniendo a la vista únicamente la extensión de sus derechos fundamentales como criterio de solución”³⁷⁵. Humberto Nogueira Alcalá, por su parte, afirma: “...el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante erga omnes, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones entre particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección (acción de amparo en el Derecho Comparado), la que en algunos países se encuentra restringida sólo a las relaciones entre particulares y Estado. La eficacia horizontal de los derechos humanos, se une a la eficacia vertical otorgando plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico. Tal eficacia general o erga omnes de los derechos está establecida en la Constitución Chilena en su artículo 6º

inciso I y segundo...”³⁷⁶. Con una aproximación más cautelosa, José Ignacio Martínez Estay, si bien constata que “*en Chile la eficacia horizontal no es una disquisición académica, sino una realidad constitucional*” y sostiene que “...*algunas constituciones, como la nuestra, hacen eficaces los derechos fundamentales respecto de particulares*”³⁷⁷, matiza estas afirmaciones al poner en duda la necesidad de tal cualidad. Alejandro Guzmán Brito, conociendo el trabajo de Martínez³⁷⁸, e igualando la doctrina de la *Drittwirkung* alemana a la posibilidad de invocar los derechos constitucionales en juicio en contra de todo aquel que los vulnere, incluso en contra de una persona natural privada, señala que la Constitución obliga a todos y a cada uno a respetar los derechos y garantías que ella establece. Agrega, a los preceptos que se han citado arriba, la expresión “*con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*” del artículo 1º inciso IV CPR, para extender esta afirmación incluso respecto a derechos no amparados por el artículo 20. Concluye Guzmán: “*Todo lo anterior implica que ahora las normas que establecen garantías constitucionales son invocables en juicio, no sólo contra el Estado o sus agentes, ni únicamente con ocasión de una ley que las vulneren, mas contra cualquier persona de cualquier clase, por cualquier acto o hecho suyos en cualquier juicio. En este sentido, esas normas ofrecen la misma judiciabilidad que las leyes ordinarias, en cuanto son los actos y negocios privados los que pueden ser enjuiciados a la luz de tales normas*”³⁷⁹.

Al respecto, es importante hacer una aclaración. Lo que se conoce como doctrina de la *Drittwirkung* no ha llegado a consolidarse, en su país de origen, como posibilidad de derivar una vinculación directa de los particulares respecto de los derechos constitucionales (*unmittelbare Drittwirkung*, efecto inmediato respecto de terceros), sino solamente como deber para los órganos del Estado de considerar las normas sobre derechos constitucionales al momento de decidir entre controversias sobre particulares (*mittelbare Drittwirkung*, efecto mediato respecto de terceros), sin constituir esos derechos constitucionales, nunca, una fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre particulares. Cuando se habla allí de efecto relativo, entonces, se alude a criterios que adquieren relevancia dentro del examen de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado: normalmente, un órgano jurisdiccional. Por lo tanto, en rigor, la doctrina de la *Drittwirkung*, como se ha desarrollado en Alemania a partir de 1954, no corresponde al fenómeno que describe nuestra doctrina y que observamos en nuestra

³⁷⁴ En la doctrina, y desde un punto de vista procesal, el primero en anotar este efecto de los derechos fundamentales parece haber sido Eduardo Soto Kloss cuando expone los antecedentes y el alcance del recurso de protección, en relación al agravio producido por particulares a los derechos protegidos por esta acción. SOTO KLOSS (1982), pp. 43 y ss. y 311 y ss.

³⁷⁵ NÚÑEZ POBLETE (1997 d), p. 326.

³⁷⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (1997), p. 145.

³⁷⁷ MARTÍNEZ ESTAY (1998), pp. 62 y 63.

³⁷⁸ Cfr. GUZMÁN BRITO (2001), p. 47, nota 45.

³⁷⁹ GUZMÁN BRITO (2001), p. 50.

praxis judicial con el nombre de “efecto relativo” u “horizontal” de los derechos fundamentales.

§ 57. ORIGEN Y DESARROLLO DEL TÓPICO EN ALEMANIA Y ESPAÑA

El origen mediato del tópico sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales se remonta al siglo XIX, en que la iuspublicística alemana desarrolló una preocupación por la libertad individual, ya no sólo frente al poder estatal, sino frente a los poderes sociales. El principal representante de este pensamiento, que se encuentra también en la base de la idea original del Estado Social de Derecho, es Lorenz von Stein. La cuestión que preocupa a von Stein³⁸⁰ es si la consagración de los derechos y libertades del Estado Liberal Burgués, y su protección frente al poder estatal, no significa otra cosa sino entregar esos ámbitos a las fuerzas sociales dominantes y prevalentes, más poderosas, en una sociedad donde la mayor parte de la población se encuentra en situación de dependencia frente a los poderes sociales, en especial, frente a los propietarios y a los empleadores. Surge así, al menos en germen, la idea de que no es suficiente una garantía a la libertad frente al poder estatal, sino que es necesario asegurarla frente al poder social. Dicho de otro modo, es necesario crear derechos fundamentales frente a potestades particulares, no estatales³⁸¹. Este germen, sin embargo, no llegó a desarrollarse en el siglo XIX, y en el siglo XX sólo viene a tomar impulso con la vigencia de la *Ley Fundamental de Bonn*, de 1949³⁸², y más específicamente, con el fallo “Lüth” del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 1954 (vid supra § 49), el cual, sin embargo, se aparta de la idea original³⁸³.

³⁸⁰ Sigo en este párrafo la exposición de BÖCKENFÖRDE (1976b) y (1993).

³⁸¹ La tesis que sostiene que el sentido original del aseguramiento de derechos fundamentales tenía como destinatarios a los particulares, fundada en el hecho de haberse dirigido la Revolución Francesa contra los privilegios estamentales, (entre otros ver NARANJO DE LA CRUZ (2000), pp. 188 y ss.) no parece concluyente. Los privilegios estamentales eran parte del modo en que se había configurado el ejercicio de la autoridad pública: los derechos del hombre y del ciudadano, como lo indica el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fueron pensados como criterios de legitimidad para la actuación del poder público.

³⁸² Para la evolución hasta este punto se puede consultar HESSE (1995), pp. 33 a 51.

³⁸³ La idea de un efecto de los derechos fundamentales entre particulares, de acuerdo a la idea original de protección frente al poder social se encuentra hoy en la *Ley de jurisdicción constitucional* de Costa Rica (7135 de 1989), que en su artículo 57 admite el amparo contra sujetos de derecho privado cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, *de hecho o de derecho*, en una *posición de poder* frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos fundamentales. Una idea similar se puede encontrar como principio subyacente a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Handelsvertreterentscheidung*, de 1990 (BVerfGE 81, 242), en que asume una protección iusfundamental en el

A partir de esta sentencia se comienza a hablar en la doctrina alemana del efecto de irradiación (*Austrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales, o su efecto respecto de terceros (*Drittwirkung*), que, como se observa, sólo tiene un carácter mediato o indirecto, en cuanto los preceptos de derechos fundamentales no pueden ser usados para solucionar conflictos entre particulares, sino, solamente, como un elemento a tener presente al aplicar las disposiciones del derecho civil sobre las cuales se resolverá el caso. Así, lo que se conoce como efecto relativo mediato (*mittelbare Drittwirkung*), implica la posibilidad de reprochar a un órgano público (especialmente judicial) la lesión a un derecho fundamental con ocasión del tratamiento de las fuentes del derecho, en las relaciones entre particulares. En una apreciación más estricta de lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal alemán se percibe claramente la otra faz del denominado efecto de irradiación: la consideración de las normas sobre derechos fundamentales como un orden objetivo de valores que inciden en el manejo de los preceptos del derecho privado. Como ha señalado Böckenförde, la relación existente entre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales como preceptos de derecho objetivo, y el efecto relativo o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), es que esta última construcción es un intento de elaboración dogmática del primero³⁸⁴.

En contraposición al efecto relativo mediato, la doctrina y jurisprudencia alemanas han sido renuentes a aceptar a los derechos fundamentales como fuente de deberes u obligaciones entre particulares, o, dicho de otra forma, el reconocimiento de la posibilidad de que un derecho fundamental sea lesionado por un particular, lo que se conoce como eficacia directa frente a terceros. A pesar de ello, las fórmulas derivadas de la consideración de los derechos fundamentales como normas objetivas han llevado a un resultado que hace que la distinción entre eficacia directa e indirecta tienda a diluirse. Esto, en particular, a través del reconocimiento del denominado deber de protección³⁸⁵, que ya se ha tratado arriba.

En España, la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha visto fuertemente influida por la iuspublicística germana. No obstante ello, surge aquí un problema que no se desarrolla con la

Continuación nota ³⁸³

contexto de una desigualdad de partes contratantes en que la preponderancia de una de ellas implica para la otra una pérdida efectiva de su autonomía privada. Puede quedar abierta en este caso la pregunta de si la misma hipótesis no pudo manejarse también con categorías del derecho privado (buena fe, abuso del derecho); lo que interesa destacar es el contexto de desigualdad fáctica que motiva el pronunciamiento de protección iusfundamental.

³⁸⁴ BÖCKENFÖRDE (1993b), p. 112.

³⁸⁵ CANARIS (1984), p. 225.

misma fuerza en Alemania, a saber, la distinción entre el aspecto material de la eficacia relativa, y su componente procesal. En efecto, una cosa es sostener que los derechos fundamentales presentan un efecto de irradiación sobre el ordenamiento jurídico y, por esta vía, afectan el derecho que rige el tráfico privado; y una cosa muy distinta es conceder a un particular la posibilidad de reclamar, vía acción de amparo constitucional, en contra de otro particular, por una lesión a un derecho fundamental. La cuestión se discute a partir de los artículos 53.2 y 161.1 de la *Constitución Española*, y los artículos 41.2 y 44.1 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español*³⁸⁶ (LOTCE), y aunque en principio de estas disposiciones se excluye la posibilidad de amparo en contra de actos emanados de particulares, hay quienes sostienen que esta base de texto no limita tal posibilidad³⁸⁷. Puede mencionarse, si, que la doctrina española parece haber modificado la noción de eficacia directa, tal como la entiende su par alemana, en dirección hacia la doctrina del deber de protección, ya que califica como reconocimiento del efecto relativo *inmediato* la sentencia del Tribunal Constitucional español que entiende constitutiva de lesión a un derecho fundamental la resolución judicial que no remedia convenientemente la afectación de un derecho fundamental por un particular, alegada en un procedimiento jurisdiccional³⁸⁸⁻³⁸⁹.

³⁸⁶ Constitución Española, artículo 53. 2. "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30"; artículo 161.1 "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca." Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español: artículo 41.2 "El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes."; "44.1 Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:... b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional".

³⁸⁷ Ver, por ejemplo, en el trabajo de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO (1986) la referencia a la postura de Quadra-Salcedo, p. 40.

³⁸⁸ STC 55/1983, citada por NARANJO DE LA CRUZ (2000) p. 206.

³⁸⁹ Una alternativa que no es sugerida por la literatura consultada es considerar que en este caso, y en estricto rigor, no existe aquí efecto relativo alguno, sino simple lesión, por el órgano jurisdiccional, del derecho fundamental a la tutela judicial de los derechos, en general.

En síntesis: lo que se encuentra tras la denominación de la *Drittwirkung* o eficacia relativa de los derechos fundamentales, en el derecho alemán y español, respectivamente, no es otra cosa sino el efecto de irradiación de estos derechos a la esfera del derecho privado, debiendo considerarse para los efectos de la integración del sistema de fuentes en el tráfico entre particulares, que podrá ser, en especial, controlado por la vía del amparo (España) o queja constitucional (Alemania) respecto de la aplicación del derecho privado por los tribunales y, eventualmente, como omisión en el deber de protección, en los casos de una regulación por debajo del estándar mínimo de protección, o bien como inadecuada tutela judicial. Por excepción, se plantea en España la idea de una eficacia relativa directa de derechos fundamentales en contra de particulares, cuestión que se encuentra directamente ligada a las particularidades procesales del amparo constitucional³⁹⁰.

§ 58. LA CRÍTICA A LA *DRITTWIRKUNG* Y, EN GENERAL, AL EFECTO DE IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las principales críticas en contra del efecto relativo inmediato, y la consideración de los preceptos iusfundamentales como un orden objetivo de valores, apuntan a que la extensión de este efecto, en vez de operar a favor de la protección de los derechos constitucionales, termina siendo un atentado al régimen de libertad y a su función clásica. Este último punto ya fue enfatizado por Forsthoff en la década de los 50', quien, relacionando la idea de Estado Social y la concepción de los derechos fundamentales como un orden de valores, expresaba: "*Una de las conclusiones que derivan de la suposición de un orden de valores positivizado es la llamada eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales... Si los derechos fundamentales son un orden de valores, se argumentaba, y expresan principios jurídicos generales, su valor no puede quedar reducido a la esfera estatal, no se comprende por qué las relaciones sociales interindividuales no han de estar sometidas a estos principios. Sin embargo, esta es una conclusión que no se puede comprender a partir de las premisas de esta argumentación. Por el contrario, parece inconcebible que este resultado puede ser puesto en consonancia con el sentido elemental de los derechos fundamen-*

³⁹⁰ En Francia, la discusión sobre el efecto horizontal no es desconocida; sin embargo, no llega a alcanzar la intensidad que en Alemania y en España; si bien no se citan pronunciamientos del Consejo Constitucional, es obligada la referencia a un tribunal civil de la Seine, de 22 de enero de 1947, que declarara nula la cláusula testamentaria revocatoria de un legado para el caso que el beneficiario casara con persona judía, sobre la base del preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 que prohibía toda discriminación en razón de la raza, calificándola en términos de "condición imposible" según lo dispuesto en el artículo 900 del Código Civil francés. Cfr. FAVOREU (2002b), pp. 156-158.

tales. Pues atribuir al ciudadano A un derecho fundamental contra el ciudadano B significa simultáneamente convertirlo en norma obligatoria para el ciudadano B."³⁹¹

Señala ForsthoFF que esta consecuencia no ha sido debidamente apreciada por un pensamiento libertario de los derechos fundamentales, y que un cambio, en este sentido, de la interpretación de los derechos fundamentales y de sus efectos, es incompatible con una concepción del derecho que aún cree en la posición de la ley como reguladora de las conductas individuales. Esta última afirmación de ForsthoFF es fácil de entender. La consideración de los preceptos de derechos fundamentales como fuente de deberes recíprocos entre particulares, directamente justiciables, lleva necesariamente al resultado de un ordenamiento estatal en que el límite entre los derechos fundamentales de uno y los derechos de otro no es ya más establecido por la ley, como resultado de la deliberación pública y como acto de la representación popular, sino que como una decisión para cada caso concreto, realizada por cada tribunal, en la discusión restringida al interior del proceso, por lo común sin efecto general³⁹², y en todo caso sin participación de los representantes del soberano (pueblo o nación)³⁹³. Dicho de otro modo: la adopción de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales respecto de terceros lleva a abandonar dos pilares fundamentales del Estado de Derecho, la reserva legal a que quedaba sometida la regulación de los derechos fundamentales, y la idea de ley entendida como precepto de carácter general y abstracto, y la participación del representante popular en su elaboración y aprobación.

Otro aspecto de la crítica desarrollada al efecto de irradiación de los derechos fundamentales es que, en la medida en que se incorporan al derecho vigente como un orden objetivo de valores, se ve fuertemente disminuida la autonomía privada. En efecto, dado el carácter indisponible de estos derechos, resultarían contrarios a

ellos (y por tanto al ordenamiento jurídico en general) los actos jurídicos de los particulares que pudiesen derivar en una limitación e incluso renuncia parcial a estos derechos. Así, por ejemplo, cláusulas contractuales por las cuales una parte se obliga para con otra a no desarrollar una determinada actividad económica, o a darle acceso a su privacidad, o en que se acuerdan exenciones de responsabilidad civil por daños derivados de hipótesis que parte de la doctrina califica como lesiones a derechos fundamentales. En rigor, según un adecuado tratamiento teórico del tema, no estamos aquí ni ante renuncia ni ante restricciones a los derechos fundamentales: pero para aquellos que sostienen la idea de derechos fundamentales como orden objetivo de valores, correlativo a su efecto de irradiación, estos actos deben aparecer como antijurídicos, por contrarios a dicho orden.

Una crítica específica al efecto directo de los derechos fundamentales, o a la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales vía artículo 6º. i. II, puede plantearse en nuestro país a propósito de la proscripción de la arbitrariedad. El núcleo más auténtico de la libertad individual consiste, precisamente, en la posibilidad de un actuar arbitrario, el que no sólo se encuentra al margen de la regulación jurídica, sino que escapa a toda exigencia de fundamentación. Corresponde a la manifestación más profunda de la subjetividad, aquella que ni siquiera logra (ni intenta) la aceptación o validación social de sus actos. Podemos, pero no debemos —ni siquiera como exigencia moral— justificar nuestras simpatías y afectos personales, nuestras preferencias positivas y negativas, que nos llevan, por ejemplo, a invitar a alguien a tomar un café, mientras nos negamos incluso a aceptar equivalente invitación de quien nos causa antipatía.

De acuerdo a lo anterior, las reflexiones de carácter general que llevan a rechazar un efecto horizontal de carácter general para los derechos constitucionales, se refuerzan en el caso de la prohibición de la discriminación arbitraria. Dicha discriminación no sólo es permitida, sino que garantizada a los particulares, en virtud del principio general de libertad. Por lo tanto, quienes sostienen, como postulado general, el efecto de los derechos fundamentales entre particulares tendrían que, al menos, entrar a justificar por qué dicho efecto no se produce a partir de la tutela constitucional del artículo 19 N° 2.

No obstante lo dicho, dentro de los preceptos que prohíben la discriminación arbitraria hay dos cuya formulación plantea un problema, en cuanto parecen dirigirse no sólo al ámbito estatal, sino que directamente al comportamiento de particulares. El primero es la referencia a la autoridad, en el artículo 19 N° 2, i. II CPR, el segundo la prohibición de discriminación del artículo 19 N° 16 i. III CPR. En el primer caso, existe una relación inversa entre la extensión del concepto de autoridad en ámbitos no públicos y el respeto del principio de libertad

³⁹¹ FORSTHOFF (1975), pp. 253, 254.

³⁹² En principio, no es imposible pensar en un régimen de respeto a los derechos constitucionales bajo este esquema de decisión judicial-pretoriana del caso a caso del conflicto entre derechos fundamentales; pero, allí donde conocemos una figura que pudiese estimarse semejante, en el ámbito de la *rule of law* del derecho común, se articula sobre un principio esencial para proyectar hacia la generalidad los efectos del fallo, a saber, el principio del *stare decisis*, carácter vinculante del precedente judicial.

³⁹³ Lo que es una cuestión conceptualmente distinta a resolver un conflicto entre particulares, a partir del alegato de ciertos derechos que pueden tener o no tener, sobre la base de disposiciones legales o reglas consuetudinarias, para el caso concreto de ese conflicto. Por ejemplo, cuando se discute un derecho personal, éste puede existir o no, (o probarse o no, en el proceso) y en definitiva puedo ser condenado a pagar una suma de dinero, a partir de una obligación que ha probado mi demandante. Sin embargo, cuando se enfrentan derechos fundamentales, ninguna de las partes puede alegar que la otra no tenga el derecho sobre cuya base se discute, y lo único que se pregunta es sobre su extensión. Esta diferencia estructural me lleva, entre otros argumentos, a rechazar la propuesta de calificar a los derechos humanos como derechos personales, que hace GUZMÁN BRITO (2001), p. 32, antes en GUZMÁN BRITO (1995), pp. 83-85.

(mientras más se extienda el concepto de autoridad fuera del ámbito estatal, menor será el ámbito de libertad entregado a las autoridades particulares). En el segundo caso, la cuestión es si, dada la redacción del mencionado inciso, puede entenderse que se trata de una prohibición de carácter general que afecta a los particulares igual que a los órganos del Estado. La respuesta (negativa) es relativamente sencilla si previamente se ha desarrollado el sentido de la libertad de contratación laboral, entendida como una libertad de los particulares para contratar y para contratarse. Prohibida que fuese toda discriminación no basada en la idoneidad, desaparecería del todo esta libertad, en la medida en que la elección de la contraparte trabajador, en un contrato de trabajo, quedaría fijada sólo por los criterios de capacidad o idoneidad personal. De este modo, la única libertad que estaría reconociendo a los particulares el artículo 19 N° 16 CPR en sus incisos I y II sería la decisión de *si contratar o no*, pero no *a quien contratar*. Conclusión absurda que debe descartarse a la luz del resultado previo a que lleva la determinación del ámbito protegido de la libertad de contratación laboral³⁹⁴.

§ 59. ALTERNATIVA DOGMÁTICA

Como se aprecia de lo expuesto en el párrafo 57, la construcción doctrinaria sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales constitucionales i.- se encuentra condicionada por la estructura de la propia constitución de que se trate, en relación a las afirmaciones que permitan afirmar este efecto relativo u horizontal (por ejemplo, artículo 1° i. III de la *Ley Fundamental de Bonn* en comparación con el artículo 18. i III de la *Constitución Portuguesa*³⁹⁵); ii. es una cuestión en la que debe distinguirse el aspecto material (la posibilidad de afirmar que un particular puede con su actuar, en tanto particular, lesionar el derecho de

otro particular en cuanto derecho fundamental) del aspecto procesal, este último dado por la extensión de la competencia de los órganos de jurisdicción constitucional al conocer de los actos de las autoridades, y la posible inclusión de particulares como destinatarios de vías procesales de protección de los derechos constitucionales; y iii. se ubica en una posición dialéctica con la teoría sobre función e interpretación de los derechos constitucionales (como sistema de valores o como normas objetivas), y con la teoría relativa a la naturaleza y función de los derechos fundamentales.

En nuestra Constitución, el dato positivo a partir del cual examinar el posible efecto horizontal de los derechos fundamentales está dado por los artículos, 1° i. IV, 6° i. II i III, y el artículo 20. Una lectura preliminar de estas disposiciones indica que se trata de una configuración propicia para afirmar el efecto horizontal de los derechos fundamentales. Éste podría desplegarse claramente, al menos, en dos ámbitos:

a) en su versión original (la eficacia mediata de la doctrina alemana), el efecto de irradiación podría alegarse a nivel de aplicación de los preceptos sobre nulidad de los actos civiles que lesionen un derecho (artículo 1462 Código Civil), o de las disposiciones sobre delito y cuasidelito civil, para ampliar el concepto de daño a casos de lesión de derechos fundamentales (artículos 2314 y ss. Código Civil)³⁹⁶ y

b) en el Código del Trabajo, después de las reformas introducidas por el artículo único N° 4 de la ley N° 19.759, puede considerarse que nuestro legislador asume que es posible una lesión directa del derecho fundamental de un particular respecto de otros, al señalar, en el inciso I de su artículo 5: “*El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos*”.

Sin embargo, la posibilidad de derivar directamente, a partir de los derechos fundamentales, deberes de actuación o abstención para otros particulares, lo que implica una limitación a sus libertades, o sea, un efecto horizontal inmediato, es de carácter discutible. Carácter que adquiere mayor relevancia cuanto más fácilmente es aceptada esta doctrina, favorecida por la vía que abre el artículo 20, concebida en términos amplísimos, y cuya expedición procedimental ha favoreci-

³⁹⁴ El propio legislador ha debido darse cuenta de esto cuando, al regular el tema de la discriminación laboral, restringe la amplia disposición constitucional a criterios específicos de discriminación. Según el artículo 2° i. II a V del Código del Trabajo, tras la reforma de la ley N° 19.759, son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, y son actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad ascendencia u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, señala, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no será consideradas discriminación. Por lo anterior, expresa, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero. Como dato casi anecdótico, sería interesante saber si el legislador se percató de que, con esta disposición, los avisos de empleo con la expresión “se necesita secretaria” y similares pasaban a constituir actos de discriminación.

³⁹⁵ “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

³⁹⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional de 10.06.2008 recaída en rol N° 943, que declara la inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil por limitar la indemnización en casos de imputaciones injuriosas en que no se pruebe daño emergente o lucro cesante, es un caso de eficacia directa (y no mediata) de derechos fundamentales. Esto porque el juez constitucional pretende derivar directamente de la Constitución, y específicamente de los preceptos sobre derechos fundamentales, un deber de indemnización en todo caso de daño a un derecho fundamental de un particular por parte de otro particular.

do, en la praxis, su utilización para la solución de conflictos entre particulares. A esto debe sumarse la tendencia que parece anunciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conociendo de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad³⁹⁷.

Frente a esta fácil (y cómoda) aceptación del efecto horizontal de los derechos fundamentales se ha demostrado en § 58 cómo la idea de vinculación directa de los particulares a los derechos fundamentales lleva a un resultado tan absurdo como es el abandono de la ley como reguladora de la extensión de la libertad de uno en relación a la libertad de otro; deja entregada al juez esta delimitación, sin parámetros normativos, y sin carácter de generalidad (de tal modo que los derechos fundamentales significan para un individuo, en un caso, una cosa, y para otro, en la misma situación, otra), y, dependiendo del enfoque, puede llegar a afectar la autonomía de la voluntad en el tráfico privado.

Cabe hacerse la pregunta de, si en vez de asumir irreflexivamente³⁹⁸ la vinculación directa de particulares a los derechos constitucionales (efecto relativo inmediato) no sería más bien necesario sopesar los argumentos que se levantan en contra de este efecto, y desarrollar la posibilidad de una construcción dogmática que permita una comprensión de los artículos 1º i. IV, 6º i. II y III, y 20 compatible con un Estado Constitucional de Derecho. Para ello es importante distinguir los tres elementos mencionados al inicio de esta párrafo, de tal modo de distinguir, a partir de las disposiciones constitucionales, la cuestión sustantiva (relativa a la posibilidad de derivar para un particular deberes de conducta a partir de los derechos fundamentales de otro, y en su caso, la extensión de estos deberes) de las preguntas procesales (el cómo hacer efectivos estos deberes en la protección del

respectivo derecho fundamental)³⁹⁹, y responder estas interrogantes a partir de un enfoque congruente sobre concepto y función de los derechos fundamentales constitucionales.

La piedra angular de toda dogmática de los derechos constitucionales se encuentra justamente aquí, en el concepto y función de los derechos fundamentales. La mayor parte de los derechos fundamentales en nuestra Constitución corresponde a los derechos fundamentales del constitucionalismo clásico. Ellos se insertan dentro del postulado general de la libertad del hombre frente al Estado, como libertad jurídica, esto es, libertad configurada dentro del derecho, y se particularizan en la defensa de determinados derechos que no constituyen un listado de componentes de dicha libertad, sino de ámbitos que, frente a las lesiones históricas de que habían sido objeto, reclamaban protección. Más allá de ser objeto de reflexión en el pensamiento político, el nacimiento y evolución de los derechos fundamentales corresponde al origen y a las luchas políticas en contra de determinados actos o manifestaciones del poder atentatorio de la libertad, en ciertos ámbitos concretos. Así, por ejemplo, en el ámbito de la libertad religiosa: destrucción de templos no católicos, persecución de protestantes, discriminación por razones religiosas, ingreso al hogar para verificar la práctica de un culto doméstico no permitido, imposición de juramento o profesiones forzosas de fe, exclusión de funcionarios públicos miembros de otras congregaciones religiosas, etc. Por lo tanto, subyace a los derechos o libertades fundamentales conquistados para cada país por el respectivo movimiento constitucionalista (y posteriormente, los agregados a partir de consideraciones doctrinarias o comparadas) un principio que es definitorio del Estado de Derecho: el principio de libertad. Los individuos gozan de una libertad general respecto del Estado, cuyo ejercicio éste puede regular, pero precisamente, sólo a través de la ley⁴⁰⁰, en la medida en que los medios de control del derecho, en un Estado de Derecho, no son preventivos, sino que represivos. Y esto implica dos cosas. Primero, que las intervenciones en la libertad individual deben contar con un fundamento y, segundo, que la libertad indivi-

³⁹⁷ Al fallo citado precedentemente puede agregarse aquí el de fecha 26.06.2008, dictado en rol Nº 976, que funda en el art. 19 Nº 9 la inconstitucionalidad de una disposición legal que regulaba el estatuto jurídico de los contratos entre una cotizante y su Isapre. De este modo, el conflicto entre particulares deja de ser regulado por la ley y el tribunal de la instancia para, al menos en una de sus facetas, obtener parte de la solución de manos de un Tribunal Constitucional operando sobre la base de preceptos iusfundamentales.

³⁹⁸ Cuando se examina la recepción de la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales en Chile se observa que ella no ha sido acompañada por un desarrollo sistemático de los tópicos relativos a la naturaleza y la función de los derechos fundamentales. Esta ausencia implica también la de la necesaria diferenciación entre derechos públicos subjetivos y orden objetivo de valores (derechos fundamentales como derecho objetivo) que subyace a la dicha doctrina, y que permite comprender y disciplinar su aplicación. Esto último es de gran relevancia, porque la afirmación del efecto relativo de los derechos fundamentales tiene consecuencias importantes, tanto en el orden constitucional (en la distribución de competencias entre poder legislativo y judicial, cfr. en nota 196 la referencia al trabajo de Atria) como en la configuración de los principios propios de cada una de las ramas del derecho y, en especial, respecto de principios tradicionales del derecho privado, a saber, el anhelo por la certeza del derecho en su función respecto de la seguridad jurídica, y la defensa de la autonomía de la voluntad.

³⁹⁹ En la literatura nacional, GÓMEZ BERNALES (2005) es uno de los pocos que distingue con claridad los diferentes problemas involucrados bajo el tema de efecto horizontal de los derechos fundamentales: "...es preciso diferenciar analíticamente tres situaciones. Por una parte, la aplicación directa de los derechos a las relaciones privadas; por otra, la aplicación indirecta de los derechos como función del Estado y, por último, la eficacia inmediata procesal de los derechos", p. 62.

⁴⁰⁰ Se suele olvidar que, dentro de los enunciados más importantes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se encuentra el artículo 4, en el cual la garantía a la libertad está dada precisamente por la disposición que señala que sus límites, destinados a asegurar a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos, sólo pueden ser determinados por ley.

dual sólo encuentra sus límites en un precepto que le imponga responsabilidad para el caso de transgresión⁴⁰¹.

Aplicada esta visión a nuestro diseño constitucional, se puede afirmar que del artículo 6º i II CPR se desprende una sujeción integral de las personas a la Constitución, pero con un muy restringido efecto limitativo directo de la libertad individual⁴⁰². La Carta establece preceptos sobre responsabilidad de la actuación de particulares en casos muy específicos (artículo 9º, artículo 19 N° 15 i. VII, VIII). Incluso en casos en que la propia Constitución establece deberes para particulares (artículos 22, 23) no se desprenden, de dichos deberes, consecuencias jurídicas específicas a partir de la Constitución. De este modo, el inciso II del artículo 6º CPR sólo implica, para los particulares, un deber de sujeción de la persona a la Constitución en los ámbitos que ella misma determine (ej.: normas de competencias, vinculatoriedad de la ley, normas de habilitación para la afectación de derechos constitucionales, etc.)⁴⁰³. Aplicado al artículo 19, significa que el individuo sigue estando en posesión de su libertad general y, para el caso de chocar con alguna libertad o derecho de otro, el tema debe resolverse por lo límites impuestos por el ordenamiento jurídico, no como protección a los derechos fundamentales, sino como preceptos de los respectivos ámbitos reguladores de las controversias entre particulares (derecho civil, comercial, etc.). Por lo demás, el inciso III del propio artículo 6º CPR nos remite a la ley para determinar responsabilidades y sanciones, lo que indica claramente que los efectos específicos de la vinculación a que alude el inciso II deben ser concretados a nivel legal.

Respondida la cuestión sustantiva en esta materia, el flanco procesal abierto por el artículo 20 debe responderse de manera consistente lo que, desde ya, implica que los criterios para el tratamiento del recurso de protección de un particular dirigido a otro no pueden anticipar, de entrada, la presencia de un enfrentamiento o colisión a nivel de sus respectivos derechos fundamentales. Tanto la idea de un efecto horizontal inmediato como la de colisión de derechos fundamentales se han visto distorsionadas por el manejo conceptual del recurso de protección, como se examina en el capítulo XVII.

⁴⁰¹ Podrá acotarse aquí que hay muchas disposiciones legales que no imponen responsabilidad sino sólo señalan cómo debe procederse para conseguir el reconocimiento de un acto. Y esta acotación es correcta; sólo que este tipo de preceptos no limita la libertad individual, sólo condicionan el modo de su ejercicio para la obtención del efecto jurídico libremente decidido.

⁴⁰² Se puede comparar nuestro actual artículo 6º con las disposiciones de los artículos 1º y 4º del título I, capítulo II de la Constitución de 1818: se establece la sujeción a la Constitución (artículo 1º) y un principio moral de actuación respecto de los demás (artículo 4º).

⁴⁰³ Conclusión que es congruente, por lo demás, con el sentido y finalidad que se tuvo en vista para este precepto en su origen, vid infra. § 76.5.

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 60. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y CONCEPTO DE AFECTACIÓN

Una de las tareas principales de toda dogmática de los derechos fundamentales es la sistematización de las distintas hipótesis en las cuales pueden verse afectados, y el tratamiento jurídico de estas hipótesis. Nuestro texto constitucional es un terreno particularmente fértil para el cultivo de este tema, desde el momento que contiene una pluralidad no sistemática de elementos que, en la regulación constitucional, aluden a posibilidades de afectación, legítima e ilegítima, en los derechos que asegura la Carta. Dentro de las referencias generales, encontramos: a) la idea de afectación asociada al trinomio *privación, perturbación o amenaza* en el ejercicio de los derechos, presente en los artículos 20 y 21, que ya plantea una cuestión conceptual fundamental (si hay privaciones, perturbaciones o amenazas legítimas, según parece desprenderse del artículo 21 i. III, o si bien es la arbitrariedad o ilegalidad la que es antecedente consustancial de la privación, perturbación o amenaza, como podría sostenerse a partir del artículo 20); b) la idea de *afectación* de derechos vinculada a los conceptos de *regulación, complementación y limitación* de derechos (garantías), presente en el artículo 19 N° 26; d) la idea de restricción de derechos o libertades en el ámbito del artículo 19 N° 8; d) la noción de *afectación* del ejercicio de los derechos y garantías, a que hace alusión el artículo 39, que, de acuerdo a la tipología de cada estado de excepción, se asocia (de manera no exclusiva) a los conceptos de *suspensión y restricción*, y contempla la posibilidad de una serie de intervenciones y e) la misma idea de *afectación* en el ejercicio de derechos fundamentales del artículo 93. i. III.

Dentro de cada derecho, a su vez, se contemplan diferentes posibilidades: los efectos previstos por el artículo 9° i. II, 19 N° 1 i. III, el 19 N° 4 i. II antes de la reforma constitucional del año 2005 (infracciones al precepto que consagra la protección), 19 N° 5 (posibilidad de allanamiento y de interceptación, apertura o registro), la posibilidad de privación o restricción de libertad en los casos del

artículo 19 N° 7 [b] a [d]; la habilitación del comiso en caso de delitos, artículo 19 N° 7 letra [g]; la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de un partido político de acuerdo al artículo 19 N° 15 i. VI y los efectos de su declaración cuando afectare a los personalmente responsables, en los dos incisos siguientes; posibilidad de prohibición de ciertas clases de trabajo, artículo 19 N° 16 i. IV; las limitaciones o requisitos en el ámbito de la libertad para adquirir bienes (19 N° 23 i. II), la posibilidad de establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad (19 N° 24 i. II) y de privar a alguien de su propiedad 19 N° 24 i. III.

Atendido el propio uso de la terminología constitucional, parece posible, entonces, aplicar el concepto de afectación como noción genérica (tanto para aquellas hipótesis previstas por la Constitución, como para aquellas al margen de la Carta), que alude a toda una situación jurídica o material de detrimento en la posición jurídica o fáctica amparada por el contenido protectivo del respectivo derecho. Se comprenden dentro de este concepto tanto las afectaciones amparadas por el ordenamiento jurídico, como aquellas que no se conforman a derecho. Para estas últimas se reservará la expresión genérica de "lesión" del respectivo derecho fundamental.

§ 61. LA INTERVENCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Dentro del concepto de afectación parece útil, siguiendo la doctrina comparada, distinguir aquellos casos que implican la afectación concreta del contenido protegido por un derecho, respecto de una persona determinada. La intervención se constituye así en el concepto correlativo al contenido subjetivo de los derechos fundamentales. De acuerdo a lo dicho puede distinguirse entre intervenciones legítimas (jurídicas) e ilegítimas (antijurídicas) y, a partir de ello, sistematizar los requisitos para las primeras.

El concepto de intervención, cuya consolidación en el derecho público comparado se ubica hacia fines del siglo XIX, se entiende originalmente como todo acto imperativo concreto que persigue un efecto directo e inmediato sobre la libertad o el patrimonio de una persona. Se excluyen de esta noción, por tanto, la mera posibilidad de un efecto, las consecuencias imprevistas de un acto imperativo, y los efectos indirectos derivados del acto (si bien estas características son sometidas hoy a revisión ante la aparición de nuevos fenómenos de afectación de derechos cuya inclusión en el concepto de intervención pudiese ser útil, desde el punto de vista de la sistemática de la protección). La exclusión original de las actuaciones materiales de afectación de un derecho que cumplan con estos requisitos, no parece hoy sustentable, por lo que el concepto de intervención, en la actualidad, debe estimarse que las incluye.

La primera función dogmática del concepto de intervención es permitir el análisis de su procedencia. Para que una intervención en el contenido protegido por un derecho fundamental sea jurídicamente admisible, debe examinarse a) la existencia de fundamento jurídico: un fundamento o habilitación constitucional (genérico o específico) y el respectivo fundamento legal, si la habilitación constitucional es a la ley y no directamente a un agente judicial⁴⁰⁴ o ejecutivo; b) la presencia un interés público en la intervención, o bien la finalidad prevista por el ordenamiento, y c) la proporcionalidad en sentido amplio, entendida en sus tres elementos constitutivos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la intervención⁴⁰⁵. A estos tres elementos generales habría que agregar, en su caso, el cumplimiento de los requisitos específicos impuestos para una determinada intervención.

Así, por ejemplo, la interceptación de correspondencia encuentra su habilitación en la propia Constitución, que remite su regulación a la ley (artículo 19 N° 5). La disposición legal del Código Procesal Penal, el artículo 218, señala el caso (si bien de una manera excesivamente genérica para un estricto test de constitucionalidad) y la forma de proceder a ella (autorización judicial-resolución fundada). Con ello, sin embargo, la medida de retención de correspondencia no adquiere un manto definitivo de juridicidad, ya que siempre podrá alegarse, por la defensa, por ejemplo, que la medida no es idónea para recabar antecedentes útiles a la investigación, que es innecesaria (porque las mismas informaciones podrían haberse obtenido por otra fuente) o bien desproporcionada (por ejemplo, si se extiende a toda la correspondencia siendo que sólo se trata de obtener información de determinados destinatarios o remitentes).

Por el contrario, el precepto sobre exámenes corporales, del artículo 197 CPP, puede, dependiendo de la extensión que se le dé al contenido protectivo del derecho a la integridad física (una de cuyas variantes lo identifica con el derecho a la intangibilidad somática), considerarse como una habilitación legislativa, para una intervención corporal, carente de sustento constitucional, en la medida en que la Constitución silencia la posibilidad de intervenciones y no le otorga al legislador (a diferencia del caso de la inviolabilidad de la correspondencia) habilitación alguna para determinar casos y formas de intervención.

⁴⁰⁴ El caso más común de intervención es la sentencia judicial. La habilitación constitucional para la misma se encuentra en el otorgamiento de las facultades jurisdiccionales a los tribunales que determine la ley, y sus requisitos los remite la Constitución a la ley bajo el estándar de proceso previo, legalidad del mismo, y justo y racional procedimiento —con las críticas que a la configuración de esta última garantía pueden hacerse en nuestro ordenamiento constitucional, expuestas en § 54.2.

⁴⁰⁵ WEBER-DÜRLER (1998), p. 61

La intervención en el derecho de propiedad se encuentra habilitada por la Constitución, y debe cumplir con los requisitos generales enunciados. Junto con la habilitación constitucional que permite la intervención, debe cumplirse la habilitación legislativa (por ley general o especial⁴⁰⁶) para la expropiación y la específica calificación de la finalidad de interés público señalada por la Constitución (utilidad pública-interés nacional); el acto expropiatorio debe ser idóneo y necesario en relación a esa específica finalidad calificada, y la entidad de la expropiación debe ser proporcionada, en sentido estricto, a los fines perseguidos. Cumplidos todos estos requisitos la intervención puede calificarse de jurídica, pero para mantener ese carácter debe cumplir con otro elemento del contenido protectivo de la inviolabilidad a la propiedad, a saber, la indemnización. La intervención expropiatoria genera, por tanto, un efecto indemnizatorio, aun cuando éste no forma parte del concepto de expropiación. Otras intervenciones en el dominio, como el comiso en el caso del delito, con habilitación constitucional directa, y el sacrificio de animales enfermos de acuerdo a las reglas del Código Sanitario (con habilitación constitucional a la ley vía artículo 19 N° 24 i. II) no llevan aparejado un deber de indemnización. Sí, en cambio, producen este efecto indemnizatorio aquellas intervenciones habilitadas por la Constitución en los estados de excepción constitucional, calificadas como "limitaciones", pero que en realidad no consisten en la delimitación jurídica regular, de carácter legal y de naturaleza abstracta y general al derecho de propiedad, sino que reglas específicas y concretas, o actuaciones materiales de disposición que afectan a individuos concretos⁴⁰⁷, emanadas del actuación del poder ejecutivo. Aquí, la indemnización se fundamenta en que se trata de medidas que, si bien se encuentran habilitadas constitucionalmente, intervienen el contenido protegido del derecho de propiedad legalmente delimitado; a diferencia de lo que sucede con las limitaciones en virtud de la función social de la propiedad, que no *intervienen* dicho contenido, sino que lo *definen*.

El concepto de intervención se demuestra, entonces, muy útil en el tratamiento dogmático de los derechos constitucionales. Su adecuado manejo hubiese permitido la necesaria diferenciación entre restricciones y limitaciones dispuestas

por el ejecutivo, en estados de excepción constitucional, y las limitaciones impuestas por el legislador, en la sentencia de 2.12.1996 recaída en el rol N° 245-246, caso en que precisamente se incurre en una confusión entre distintas categorías. Refiriendo su argumentación al precedente contenido en la sentencia de la Corte Suprema en rol N° 16.743, Comunidad Galletué con Fisco, el Tribunal Constitucional concluye que las limitaciones al dominio son indemnizables en tiempos de normalidad constitucional, bajo el argumento de que si ellas son procedentes en estados de anormalidad constitucional, tanto más deben entenderse indemnizables en situación de normalidad. Teniendo a la vista que en un caso se trata de una intervención administrativa que afecta a un patrimonio específico de manera determinada y concreta⁴⁰⁸, y en el otro se trata simplemente de la regulación, con carácter general y abstracto, de los límites de la propiedad, la diferenciación se hacía evidente y necesaria, y hacía improcedente una referencia superficial a la interpretación armónica, como la que hace el Tribunal para justificar sus asertos. Por otro lado, la claridad conceptual relativa a la figura de la intervención hubiese servido en este caso para impedir el desplazamiento desde la noción de limitación a la idea de privación, por moverse una en el ámbito abstracto y general, y la segunda en el ámbito específico de las intervenciones, donde el grado de afectación del derecho, en cada caso particular de fijación de franjas de tránsito hacia las playas, hubiese podido determinar la juridicidad o antijuridicidad de la intervención, a la luz de los elementos explicados más abajo en § 64.3 (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto)⁴⁰⁹.

De acuerdo al concepto de intervención aquí propuesto, corresponden a habilitación constitucional para intervenciones:

⁴⁰⁸ Considerando 23°: "Que, a juicio de este Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a éstas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce"; Considerando 40°: "Que, como se ha visto de los considerandos anteriores de esta sentencia la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad".

⁴⁰⁹ El artículo 13 del decreto ley N° 1.939, de 1977 imponía a los propietarios de terrenos colindantes la carga de facilitar el acceso gratuito a las playas, cuestión que reglamentaba el Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, de fecha 10 de enero de 1996. En este sentido, se articulaba la carga impuesta legalmente en virtud del artículo 19 N° 24, con su regulación por vía reglamentaria, que habilitaba a su vez la intervención específica para fijar las vías de acceso. La única cuestión que hubiese ameritado discusión constitucional, entonces, era la relación entre la carga impuesta por la ley y la forma de intervención regulada por vía reglamentaria; en otras palabras, una cuestión sobre límite entre potestad legislativa y potestad reglamentaria. Como discusión entre el concepto de limitación y de privación, la cuestión carecía de sentido.

⁴⁰⁶ Un punto no enfatizado por nuestra doctrina es el hecho de que la habilitación para las intervenciones en los derechos fundamentales debe hacerse siempre por ley de carácter general. La referencia en el artículo 19 N° 24, a una ley especial que habilite la expropiación de un predio es excepcional y demostrativa, precisamente, de que la regla general es la contraria.

⁴⁰⁷ La prueba de esta afirmación es que para que sea procedente la indemnización en estos casos debe existir un daño concreto, que no es equiparable a la mera privación (a nivel normativo) de alguno de los atributos o facultades esenciales a la propiedad, en la medida en que en el artículo 45 i. II se exigen ambos requisitos copulativamente ("privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales" y "con ello se cause daño").

a) artículo 9º i. II, habilitación y mandato constitucional de privación de los derechos ahí expresados en caso de condena por conducta que la ley califique como terrorista;

b) artículo 19 Nº 1 i. III, habilitación constitucional para una regulación legislativa que permita tras el correspondiente proceso penal la intervención 'privación de la vida' por un acto material de ejecución, sustentado en el correspondiente acto judicial);

c) artículo 19 Nº 5, "*en los casos y formas determinados por la ley*" (habilitación para una intervención consistente en el allanamiento del hogar, interceptación, apertura y registro de comunicaciones y documentos privados);

d) artículo 19 Nº 7 letras [b] a [d], privaciones y restricciones de libertad, con una tipología específica dentro de las privaciones: arresto, detención, prisión preventiva, presidio; agravamiento de la privación de libertad por la incomunicación;

e) artículo 19 Nº 7 letra [g], comiso de bienes en caso de delito, confiscación de bienes de asociaciones;

f) artículo 19 Nº 15 i. VI, privación de la protección del derecho de asociación, por vía de declaración de inconstitucionalidad, de los respectivos partidos, movimientos u otras formas de organización;

g) artículo 19 Nº 15 i. VII, privación del derecho de asociación política y del derecho de sufragio pasivo, y para optar ante determinados cargos públicos, para los declarados personalmente responsables con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de un partido..., etc.;

h) 19 Nº 24 i. IV, privación del derecho de propiedad vía expropiación.

A su vez, de la nomenclatura de los artículos 20 y 21 debe concluirse que la intervención, como especie dentro del género de la afectación, puede admitir las modalidades de privación, perturbación o amenaza, pudiendo distinguirse, sí, casos en que estas hipótesis se encuentran amparadas por el derecho, esto es, se trata de intervenciones legítimas. La aparente contraposición en la redacción de ambos artículos se resuelve a favor de la regla del artículo 21, cuando se aprecia que la privación, perturbación o amenaza no dará lugar a la respectiva protección si el acto no es ilegal o arbitrario. De lo que se desprende un uso poco atractivo, pero jurídicamente consistente con lo preceptuado por la Constitución, que lleva a afirmar, más allá de las privaciones (que, por propio texto constitucional, se encuentran fuera de toda duda) la existencia de perturbaciones (entendidas como el mayor embarazo o dificultad puestos al ejercicio de un derecho) y amenazas (entendidas como la existencia de un detrimento futuro y cierto a la posición jurídica o material del derecho amparado) como formas de intervención legítima.

Existen también disposiciones que eliminan expresamente la posibilidad de intervenciones legítimas en determinados ámbitos, así el artículo 19 Nº 3 i. II cuando señala que "*...ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar...*". En el caso del artículo 19 Nº 12, debe destacarse que, precisamente, aquí la Constitución no contempla la posibilidad de una intervención: el contenido protectivo consiste precisamente en la exclusión de la intervención estatal (censura). Por lo tanto, y a diferencia del art. 19 Nº 1, el 19 Nº 12 no habilita para afectar el derecho en sí, si no sólo establecer una responsabilidad posterior que podrá hacerse efectiva en otros derechos —al patrimonio o a la libertad, como deber de indemnizar o como privación de libertad por delito).

Por último, constituyen formas de intervención, todas aquellas "*medidas particulares que afecten derechos constitucionales*" (artículo 45), habilitadas por los estados de excepción constitucional. Los estados de excepción pueden entenderse como una alteración del régimen constitucional de la intervención en los derechos, en la medida en que la estructura "habilitación constitucional al legislador-habilitación legislativa-acto de intervención" desaparece, reduciéndose a la directa habilitación constitucional para los actos de intervención en los derechos afectables. Un criterio básico aquí está dado porque, si bien las suspensiones y restricciones pueden adoptarse con carácter general, nada limita la competencia de la autoridad ejecutiva para aplicarlas con carácter individual y concreto, como claramente indica la posibilidad de requisiciones, interceptación de correspondencia, medidas de traslado y restricción de circulación de personas. Es más, en aquellas medidas que podrían estimarse de carácter general (ej. limitaciones al derecho de propiedad), el propio legislador orgánico asumió la comprensión propuesta aquí, cuando habla de la notificación al afectado por una medida de limitación de propiedad (artículo 18 i. II ley Nº 18.415).

La tipología de intervenciones prevista en los estados de excepción contempla habilitaciones generales y específicas. La diferencia radica en la fórmula de habilitación para la respectiva afectación:

a) habilitaciones generales: i. suspensión de derechos (libertad personal, derecho de reunión, libertad de trabajo; ii. restricción de derechos (derecho de asociación, derecho de reunión, libertad de trabajo, libertad de locomoción);

b) habilitaciones específicas: i. imposición de censura a la correspondencia y a las comunicaciones; ii. requisición de bienes; iii. establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad; iv. arresto de personas en sus casas o lugares que no sean cárceles ni otros destinados a la detención o prisión de reos comunes.

El efecto de constatar la antijuridicidad de la intervención activa la posibilidad de demandar su cese, como parte del contenido protectivo del respectivo derecho

fundamental; así como de solicitar la eliminación de todas las consecuencias derivadas de la intervención. Ocasionalmente se propone la posibilidad de solicitar una indemnización por las consecuencias no reparables, la que, sin embargo, resulta difícil de justificar a partir de los propios derechos lesionados⁴¹⁰.

§ 62. LIMITACIONES A LOS DERECHOS

1. Planteamiento del problema

Según la doctrina prevaleciente, toda condición o facultad reconocida como derecho lo es en un ámbito definido por ciertos límites, más allá de los cuales la respectiva condición o facultad no se encuentra amparada por el derecho. Así, para algunos, la libertad de expresión no ampara al que la usa para injuriar. El acto de injuriar no estaría protegido por la libertad de expresión. Pero cabe preguntarse entonces ¿y quién fija los límites? ¿el Estado? ¿No estará garantizada la libertad de expresión precisamente para evitar que el Estado nos diga qué es lícito decir y qué no?

La idea de que los derechos se encuentran sujetos a límites nace coetáneamente con la reflexión sobre los mismos derechos. La relación entre individuo y autoridad, como objeto de la reflexión jurídico-política, sitúa como términos de un vínculo estrecho la idea de sustancia y límites de los derechos individuales.⁴¹¹ En especial, la idea del derecho natural racional, en la teoría contractualista llega, a partir de la afirmación de ciertos derechos (o libertades) en principio absolutos (Hobbes), o limitados sólo en los derechos de otros (la ley natural, de Locke), a la necesidad de limitarlos en beneficio de la vida en la comunidad organizada. Con ello, la idea de limitación a la libertad natural se vincula a la teoría sobre los fines del Estado, de acuerdo a la cual la libertad del individuo sólo puede ser limitada en la medida en que sea necesario para el cumplimiento de dichos fines, los que, a su vez, consisten en la protección de los individuos.

Los documentos de la época dan cuenta, también, de términos relativos a límites, lo que es notable teniendo en cuenta de que se trata, en general, de un período pre-constitucional en que la noción de libertades y derechos innatos cede ante múltiples restricciones de una libertad esencialmente vinculada y donde, por tanto, las posibilidades de limitación se pueden dar por descontadas.

⁴¹⁰ WEBER-DÖRLER (1998), pp. 61, 62.

⁴¹¹ Quizá con la única excepción de las posturas que fundaban los derechos del hombre en su calidad de creatura a imagen y semejanza de Dios, las que, sin embargo, al evolucionar, tuvieron que aceptar los límites, precisamente, en vistas a respetar la imagen y semejanza de Dios presente en los demás individuos.

Los primeros documentos de derechos del constitucionalismo contienen también las respectivas cláusulas de limitaciones. Si bien esto no parece ser evidente en la *Declaración de Derechos de Virginia de 1776*, ni en las primeras 10 enmiendas a la *Constitución Federal*, una lectura cuidadosa de estos textos permite deducir específicas fórmulas de limitación. Más clara, sin embargo, es la idea y concreción de la limitación en la *Declaración Francesa de 1789*, que en su artículo 4 señala como límite de los derechos de uno los derechos del otro, en límites que serán fijados por la ley, y en su artículo 5 señala que la ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad; el artículo 10 consagra el orden público establecido por la ley como límite de la libertad de opinión; la libertad de expresión queda sometida a responsabilidad, por los abusos que se cometan, en conformidad a lo que determine la ley (artículo 11).

Esta idea de derechos sometidos a límites, y de límites fijados por la ley, entendida como un instrumento regulatorio en que debe intervenir la representación parlamentaria, va a constituir, en rasgos generales, la base de la doctrina constitucional decimonónica sobre derechos constitucionales. La garantía otorgada a estos derechos se ve, por una parte, en que ellos quedan sometidos a la reserva de ley, y con ello son sustraídos de una actuación directa del poder ejecutivo y de la discrecionalidad de la judicatura; y, por otro lado, que la extensión de esos derechos y libertades será determinada, de acuerdo a reglas generales y abstractas aprobadas por los representantes, con lo que se precave de regulaciones no deseadas, al menos, por la mayoría de los integrantes del cuerpo político.

La situación cambia hacia fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, en especial, en la iuspublicística alemana hasta la caída de la República de Weimar y el desarrollo del concepto de debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. La cuestión política que subyace a este cambio es una pérdida de confianza en el principio de representación parlamentaria como garantía a los derechos fundamentales. De este modo, el propio producto de la actividad legislativa va a ser sometido a examen para verificar que respete los derechos constitucionales.

La teoría de los límites adquiere especial relevancia en el campo de las libertades, cuya estructura conceptual apunta a la protección de ámbitos exentos de la coacción estatal. De este modo, la determinación del límite viene a ser equivalente a la del ámbito de libertad al cual se le otorga protección fundamental. Para los derechos en sentido estricto, y como una forma de evitar su vaciamiento total surge, en la Alemania de la década de 1920, la noción de garantías de instituto, explicada en § 50. La idea básica de esta garantía es que, en aquellos casos en que la constitución establece la protección de un derecho, y éste existe a partir de una

regulación jurídica (usualmente preconstitucional) el legislador mantiene siempre la libertad para modificar esa regulación, para delimitar el respectivo derecho, pero no puede llegar a tanto como a desfigurarla, y hacerla perder su identidad. Los elementos o rasgos definitorios del instituto jurídico son denominados su contenido esencial, o esencia del respectivo derecho. Esta idea de protección al contenido esencial, inserta dentro de la teoría de las garantías de instituto y las garantías institucionales, se extenderá también a aquellos derechos no constitutivos de institutos jurídicos, y a las libertades, en los casos en que su ejercicio se encuentran sometidos a la reserva de ley, como una forma de evitar que, por vía de la regulación legal del respectivo derecho o libertad, éste llegue a desnaturalizarse.

Con antecedentes en el período de entre guerras, el desarrollo posterior a la Segunda va a traer la instauración de jurisdicciones constitucionales, que hoy en su mayoría siguen el modelo denominado austríaco-alemán. Se trata de órganos jurisdiccionales especializados cuya principal competencia es el control de la constitucionalidad de las leyes y que, eventualmente, como sucede en el caso alemán, conocerán del amparo constitucional (acciones individuales destinadas a obtener una protección extraordinaria –en oposición a la que pudiesen otorgar los tribunales ordinarios– de los derechos fundamentales). El surgimiento de estas jurisdicciones, y especialmente de las dos competencias mencionadas, expuso como una cuestión de primera importancia la relación existente entre la consagración constitucional de los derechos fundamentales, las facultades entregadas al legislador para determinar su extensión, y la constante presión por expandir el contenido de esos derechos, a partir de las acciones de amparo. De este modo, el problema dogmático de los límites y restricciones a los derechos se corresponde con la relación entre potestades regulatorias y posibilidades de control de las mismas por la jurisdicción constitucional.

2. Doctrina nacional

En este contexto, la doctrina en general⁴¹², y en particular el tratamiento dogmático de los derechos fundamentales en lo tocante a sus límites muestra escaso

desarrollo⁴¹³, caracterizado por su falta de claridad⁴¹⁴, tanto conceptual como terminológica, para explicar y tratar la relación entre derechos fundamentales y legislador.

Más allá de lo expresado durante la discusión en la CENC, y reseñado abajo en § 77, la doctrina nacional cuenta con pocos representantes en esta área. Una posición, que podría denominarse la doctrina nacional tradicional, y que parece tener su origen en obras de derecho civil, en la parte relativa al dominio, distingue entre limitaciones de los derechos, y restricciones de los mismos, siendo las primeras aquellas que derivarían del propio derecho (ocasionalmente denominadas también, restricciones inmanentes), y las segundas las que se imponen desde fuera.

Por su parte, en la primera edición de su *Tratado de Derecho Constitucional*, Alejandro Silva Bascuñán menciona el tema señalando que la Constitución se refiere a las garantías no sólo para asegurarlas, sino también “para expresar los límites que a su extensión o ejercicio acepta imponer”⁴¹⁵, señalando luego que “la Constitución consigna, además, los distintos criterios que fundamentan ciertas restricciones”. En la enumeración que sigue a estas afirmaciones no parece hacer, sin embargo, una distinción entre limitaciones o restricciones, y da la impresión de que subyace a ellas el criterio clásico, a saber, que todas estas disposiciones constitucionales constituyen habilitaciones para que el legislador pueda establecer restricciones a los derechos fundamentales.

Enrique Evans de la Cuadra señala como característica de los derechos constitucionales el que ellos pueden tener limitaciones que afectan su ejercicio, ordenándolas dentro de tres categorías: las específicas de cada garantía (que darían lugar a una actuación de la autoridad pública para restringir, suspender o amenazar el ejercicio de las garantías fundadas en esas limitaciones, existiendo el recurso

Continuación nota ⁴¹²

derechos individuales, impone a estos mismos derechos...”, HUNEUS (1879-1880), pp. 101, 102. Del mismo modo ROLDÁN (1924), p. 135: “El ejercicio del derecho de una persona reconoce dos limitaciones: la una nace del derecho ajeno, la otra es impuesta por la conservación y desarrollo del Estado mismo”.

⁴¹³ Situación que no sólo es propia del medio nacional (aunque aquí se manifiesta de manera extrema), como lo demuestra la oración inicial del capítulo XXI, Los límites de los derechos fundamentales, de PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 587: “Este tema no tiene todavía, pese a su importancia, un desarrollo doctrinal suficiente”.

⁴¹⁴ En aquellos casos donde el tema ha sido objeto de un desarrollo más avanzado, la pobreza ha sido superada por una superabundancia que hace prácticamente imposible lograr claridad sobre el tema; cfr. STERN (1994), pp. 227 y ss.

⁴¹⁵ SILVA BASCUÑÁN (1963), p. 206.

⁴¹² En este párrafo se trata la doctrina nacional que podría denominarse “contemporánea”. Pero la idea de que los derechos se encuentran limitados por los derechos de otros y el interés general constituye un acervo del constitucionalismo chileno desde los tiempos del siglo XIX. Ya Huneus, aludiendo a los derechos naturales, que son (en oposición a los derechos políticos) los que corresponden a cada persona, señala “No tiene el legislador facultad para quitárselos a nadie (...). Lo único que es dado al Legislador es determinar, y con perfecta claridad, las limitaciones a que esos derechos pueden sujetarse en su ejercicio. La razón de esto es obvia. El derecho de mi vecino es tan sagrado como el mío, y lo es tanto o más el derecho de la sociedad, el derecho de todos, representado por el Estado o el Municipio (...) Las consideraciones precedentes dan a conocer el fundamento de las limitaciones que nuestra Constitución, al asegurar los

de protección y amparo para controlar si la respectiva limitación autoriza la restricción producida⁴¹⁶); las limitaciones propias de los estados de excepción constitucional, y en tercer lugar, las limitaciones derivadas del, a ese tiempo, aún vigente artículo 8º⁴¹⁷.

José Luis Cea Egaña afirma de una manera inequívoca el carácter limitado de los derechos fundamentales: "...resulta inconcebible en lógica social elemental, la idea de un poder jurídico que permita, a cada titular, anular o destruir todos los demás derechos. Si tal falacia fuera admitida, entonces nunca habría autoridad, cada cual sería soberano y resultaría imposible la existencia y aplicación de un orden jurídico, tornándose inevitable en su lugar la anarquía, después el caos y por último el despotismo"⁴¹⁸. La sola exigencia de coordinar los derechos impediría, según Cea Egaña, que nazcan o sean ejercidos con alcance total e irrestricto⁴¹⁹. Usa el término delimitaciones para aludir a las "restricciones, obligaciones y exclusiones congénitas a los derechos, configuradoras del contenido objetivo normal de ellos"; estas limitaciones y obligaciones congénitas comprimen o reducen, según Cea Egaña, el contenido objetivo normal de los derechos, sin modificarlos porque nacen con éstos⁴²⁰. La transgresión a las limitaciones y excepciones congénitas importan, no el ejercicio del respectivo derecho, sino incurrir en ilícitos⁴²¹. Distingue dos tipos de limitaciones o restricciones. Denomina restricciones habituales, comunes u ordinarias a aquellas consagradas en la Constitución inmediatamente después del enunciado del respectivo derecho⁴²²; las limitaciones extraordinarias son las impuestas en ocasiones graves, y corresponderían a las que se pueden adoptar en los estados de excepción constitucional⁴²³.

⁴¹⁶ EVANS DE LA CUADRA (1986a), p. 23.

⁴¹⁷ Los tres primeros incisos de la versión original del artículo 8º de la Constitución rezaban como sigue: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la república". "Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales". "Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores". Los incisos siguientes regulaban las sanciones aplicables a las personas que incurriesen o hubiesen incurrido en las contravenciones señaladas.

⁴¹⁸ CEA EGAÑA (1993), p. 396.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ CEA EGAÑA (1993), p. 397.

⁴²² CEA EGAÑA (1999), p. 154.

⁴²³ CEA EGAÑA (1999), p. 156; también en (1993), p. 397.

José Ignacio Martínez Estay, por su parte, explica sumariamente la conciliación entre el carácter absoluto y los límites de los derechos y libertades, señalando que el primer rasgo implica que los derechos y libertades sólo pueden ser limitados en casos excepcionales y que protegen realidades prejurídicas como la vida o la libertad, sin que su reconocimiento, o falta del mismo, les agregue o quite nada, y deben ser considerados valores absolutos del constitucionalismo⁴²⁴. Martínez Estay adhiere a la postura de de Otto y Pardo, señalando que todo derecho o libertad tiene "...límites que emanan de su propia naturaleza, que pueden extraerse con sentido común mediante la interpretación de cada derecho o libertad"⁴²⁵. Otro de los pocos autores en tratar el tema de manera general es Jorge Precht Pizarro, con ocasión del análisis sobre la existencia de una regla general sobre límite a los derechos fundamentales. Si bien concluye que no existe, formalmente, una cláusula general que regule las limitaciones de los derechos fundamentales, sí existiría, según Precht, una "cláusula general regulatoria", como cláusula implícita⁴²⁶.

Manuel Antonio Núñez Poblete distingue entre aquellos límites que constituyen las fronteras naturales de todo derecho, y aquellas limitaciones que constituyen una disminución o mengua de sus atributos o naturaleza; pasando revista a las denominaciones usadas para referirse al contenido mismo de cada derecho ("límites inmanentes", "límites intrínsecos", "límites" a secas) así como aquellas que aluden a cortapisas externas destinadas a restringir el contenido natural de uno u otro derecho ("restricciones", "limitaciones", "límites extrínsecos") destaca que, por sobre la terminología, lo relevante es distinguir entre uno y otro tipo de limitación: "Así, las limitaciones intrínsecas de cada derecho permiten establecer su contenido mismo o extensión natural (...) las limitaciones extrínsecas —también llamadas externas— restringen, reducen o aminoran esos contenidos naturales"⁴²⁷. Sostiene que, en condiciones de normalidad constitucional, y como regla general, se admite la posibilidad de que el Estado restrinja o limite los derechos fundamentales, en vistas a coordinar las diversas libertades de sus gobernados; esta función de coordinación muchas veces supondría la restricción razonable de las libertades del individuo. Aun así, existirían ciertos derechos no susceptibles de límite bajo supuesto alguno, y expone como ejemplo el caso del derecho a no ser sometido a torturas, y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.⁴²⁸

⁴²⁴ MARTÍNEZ ESTAY (1997), pp. 368 y 369.

⁴²⁵ MARTÍNEZ ESTAY (1997), p. 370.

⁴²⁶ PRECHT PIZARRO (2001), p. 278.

⁴²⁷ NÚÑEZ POBLETE (1997c).

⁴²⁸ NÚÑEZ POBLETE (1997c), p. 305.

Humberto Nogueira Alcalá vincula la idea de límites con la de delimitación del supuesto de hecho, como se ha visto arriba, y señala que esta delimitación “...precisa el ejercicio legítimo del derecho, la aparente o real tensión con otro derecho, las limitaciones o restricciones que pueden afectar al derecho y el espacio dejado al legislador para su regulación”⁴²⁹. Sin embargo, la nomenclatura propuesta requeriría de algunas precisiones, por cuanto sigue denominando como límites, y específicamente como *límites externos*, a las normas de carácter infraconstitucional que afectan a algunos de los elementos configuradores del derecho como consecuencia de la utilización por el legislador de una competencia definida y autorizada constitucionalmente⁴³⁰. Llama *límites internos* o fronteras a aquella parte de la estructura de un derecho que delimita el ámbito de lo que el derecho es y no es⁴³¹ (también la llama delimitación directa de los derechos⁴³²). De este modo, la noción de límite puede ser usada según Nogueira para aludir, a la vez, al supuesto de hecho de un derecho fundamental, constitucionalmente definido (*límite interno*) y, al mismo tiempo, para posibilidades abiertas de afectación por parte, por ejemplo, del legislador (*límites externos*). En esta misma línea conceptual parece situarse su distinción entre límites *expresos y de eficacia inmediata*, (que derivan directamente de la constitución y que operan sin necesidad de intervención legislativa) o bien *límites de habilitación* para que el legislador concrete limitaciones previstas por la constitución⁴³³ (también las llama *delimitación constitucional inmediata y delimitación constitucional mediata*⁴³⁴). Nogueira propone también una sistemática de límites, distinguiendo entre límites explícitos⁴³⁵ o expresos⁴³⁶, cuando la propia constitución los señala como tales⁴³⁷, e implícitos, cuando ellos derivan de la necesaria protección de otros bienes o derechos constitucionalmente asegurados, o como puede ser “la competencia general de legislador para regular y desarrollar los derechos, en la medida en que la Constitución la reconozca como tal”, cual sería el caso en España⁴³⁸ (esta

⁴²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 6.

⁴³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 7.

⁴³¹ NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 70.

⁴³² NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 80.

⁴³³ NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 71.

⁴³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 80.

⁴³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 7; (2007) p. 84.

⁴³⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 70.

⁴³⁷ Distinguiendo a su vez entre límites expresos generales (el bien común) y expresos específicos para cada derecho (seguridad nacional, orden público, moral, etc.) NOGUEIRA ALCALÁ (2007), p. 70.

⁴³⁸ NOGUEIRA (2007), pp. 70, 85.

idea también es denominada por Nogueira como “delimitación indirecta” de los derechos⁴³⁹). Distingue entre límites formales, cuando establecen potestades a los operadores jurídicos para limitar en ciertas hipótesis definidas y autorizadas constitucionalmente el ejercicio de los derechos, y materiales, cuando se refieren a los contenidos normativos que fijan la producción de normas⁴⁴⁰.

En otra categoría conceptual, este autor distingue dos sentidos de la palabra limitación, la que según él puede ser usada para la determinación del contenido material de un derecho, así como para referirse a la imposición de restricciones al derecho, lo que implicaría “alterar la condición natural del derecho”⁴⁴¹.

3. Doctrina española

En la doctrina española se encuentran diversos enfoques respecto a este tema. Peces-Barba presenta un modelo altamente diferenciado de límites a los derechos. Comenzando por aclarar que centrará su análisis en los límites jurídicos⁴⁴² de los derechos y, específicamente, de aquellos que se encuentran comprendidos dentro de la protección a los derechos (y, por lo tanto, excluyendo situaciones que por sí “...no se encuentran incluidas en el supuesto de hecho de la norma reguladora de un derecho”⁴⁴³). Dentro de los límites jurídicos distingue a su vez los límites del sistema jurídico en general, límites del subsistema de los derechos fundamentales, de cada derecho considerado en general y, por último, los del caso concreto, que más que límites al derecho mismo serían límites a su ejercicio.

El primer límite del sistema jurídico en general sería la moralidad básica positivizada, como horizonte ético o ideal de justicia recogido por el derecho positivo. Los derechos no se podrían configurar ni interpretar, ni aplicar, sino en conformidad con la norma básica material de identificación de normas, que en el caso español, señala, serían los valores superiores del inciso primero del artículo 1 de la *Constitución Española*, que positivizan una moralidad básica, una ética pública⁴⁴⁴ y constituyen la “...norma de clausura, que unifica y da sentido al subsistema de los derechos”⁴⁴⁵.

⁴³⁹ NOGUEIRA (2007), p. 80.

⁴⁴⁰ NOGUEIRA (2002), p. 7.

⁴⁴¹ NOGUEIRA (2007), p. 71.

⁴⁴² La cuestión de los límites de hecho, o fácticos, de los derechos fundamentales, es un tema importante, en especial en una de las vertientes conceptuales del Estado Social.

⁴⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 589.

⁴⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 591.

⁴⁴⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 592.

En segundo lugar, dentro de los límites jurídicos generales de los derechos fundamentales, se encontrarían los llamados bienes constitucionales, señalando: *“Estamos en el ámbito del Ordenamiento jurídico de un sistema político democrático y los derechos deben ser valorados, como situados en ese conjunto y consiguientemente están condicionados por la existencia de esos bienes constitucionales, que si resultan de igual o superior rango, limitan a los derechos cuando se deriven de ellos soluciones contradictorias”*⁴⁴⁶. La ponderación entre derechos y bienes constitucionales debería hacerse desde un análisis de conjunto, sin contraponerlos, sino tratando de conciliarlos en su función al servicio del individuo y de la comunidad.

El derecho ajeno constituiría un tercer límite a los derechos⁴⁴⁷: *“Este límite es el que más visiblemente presenta la imposibilidad de considerar a los derechos fundamentales como absolutos e ilimitados, porque al ser todos los hombres titulares de derechos y al ser éstos un número amplio no se puede descartar la posibilidad teórica, que prácticamente se ha constatado en la realidad, de que al ejercer un derecho se lesione o se ponga en peligro de lesionar el derecho de un tercero”*⁴⁴⁸.

Los siguientes límites, dentro del subsistema de los derechos fundamentales tendrían un carácter formal, esto es, habilitadores o competenciales, y se presentarían en la *Constitución Española* como habilitaciones para el legislador o para el juez, siendo para el primero la principal disposición la del artículo 53 i. I⁴⁴⁹, y en el caso de los jueces, como habilitación específica para derechos específicos (artículo 18 i. II, inciso III, artículo 20 i. V, artículo 22 i. IV de la *Constitución Española*). También existirían disposiciones en que, sin señalar la autoridad competente, se establecen limitaciones (artículo 16 i. I, artículo 21 i. II en relación al artículo 20 i. IV de dicha carta fundamental). En estos casos, la competencia última para establecer una limitación correspondería al juez⁴⁵⁰, llegando a plantear, con carácter general, la afirmación de que *“las limitaciones al ejercicio de los derechos que sean razonables y acordes con una interpretación sistemática del Ordenamiento, son competencia exclusiva de los jueces, en todos los casos que ellas se produzcan”*⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 592.

⁴⁴⁷ No queda clara la ubicación de esta categoría en la propia nomenclatura de Peces-Barba, ya que si bien parece considerarlos dentro de los límites generales del ordenamiento jurídico, al hablar de ellos, los menciona “dentro del subsistema de los derechos fundamentales” PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 594.

⁴⁴⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 594.

⁴⁴⁹ Artículo 53 i. I CPE: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”.

⁴⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 599.

⁴⁵¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 600.

A continuación, Peces-Barba ubica los límites que se encuentran en cada derecho, con carácter general, como límites abstractos, de carácter material, con destinatarios generales⁴⁵².

Por último, se estaría también ante límites en el caso concreto del ejercicio de un derecho por su titular; ya sea en relación al comportamiento del titular de un derecho, ya sea en relación al acto de aplicación o el contexto de las circunstancias del caso. Para el primero, Peces-Barba identifica la prohibición del abuso del derecho y la exigencia de la buena fe en su ejercicio⁴⁵³, ambos principios provenientes del derecho privado y recogidos por el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia. Por otro lado, en relación al acto de aplicación, o al contexto o circunstancias del caso, habla de los límites tópicos o límites de la situación en que se ejerce el derecho (ej.: limitación del derecho de reunión durante la jornada de trabajo)⁴⁵⁴.

Otro modelo conceptual es el planteado por Rafael Naranjo de la Cruz⁴⁵⁵, quien propone como modelo de estructura interna de los derechos fundamentales la imagen de una figura circular de tres niveles concéntricos. La circunferencia exterior recibiría el nombre de “delimitación”, la intermedia de “límites” y la interna de “contenido esencial”. La primera, la de delimitación, separa el ámbito de lo que entra en el ámbito de protección del derecho fundamental, de aquello que se encuentra fuera de él⁴⁵⁶. El ámbito de protección resultante de la delimitación del derecho, protegido *prima facie*, sólo podría ser afectado por la imposición de un límite, considerado como una intervención dentro del ámbito protegido en vistas a garantizar la necesaria convivencia de los hombres, habida consideración de los derechos fundamentales de otros, o de otros bienes protegidos por la constitución⁴⁵⁷. Se distingue aquí, en primer lugar, la idea de límites inmanentes, entendiendo Naranjo la cualidad de inmanencia de un objeto cuando, dentro del mismo, se encuentra inseparablemente vinculada a su característica específica. Los límites inmanentes serían, entonces, límites intrínsecos de cada derecho⁴⁵⁸. Frente a esta nomenclatura, Naranjo menciona el uso de la expresión “límites inmanentes” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, donde no se

⁴⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 600.

⁴⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), pp. 605-607.

⁴⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1991), p. 607.

⁴⁵⁵ NARANJO DE LA CRUZ (2000).

⁴⁵⁶ NARANJO DE LA CRUZ (2000), p. 32.

⁴⁵⁷ NARANJO DE LA CRUZ (2000), p. 33.

⁴⁵⁸ NARANJO DE LA CRUZ (2000), pp. 86, 87.

emplearía en sentido propio, sino más bien para hacer alusión a límites inevitables derivados de la inclusión del derecho en el conjunto formado por la constitución, equiparándose de esta forma con la categoría de "límites externos"⁴⁵⁹. Resulta interesante mencionar que Naranjo incluye como especie dentro de la idea de los límites inmanentes el caso del abuso del derecho⁴⁶⁰.

Por último, se encontraría un núcleo irreductible, inaccesible a cualquier intento delimitador, constituido por el contenido esencial de los derechos. Esta dimensión del modelo propuesto es la que, a su propio juicio, presenta mayores dificultades⁴⁶¹.

4. Límites, limitación, delimitación, regulación⁴⁶²

El tratamiento dogmático de la cuestión se ve dificultado por las particulares fronteras que opone, a la consulta de la doctrina comparada en este tópico, la particularidad de los textos constitucionales, en cada caso⁴⁶³. Si regularmente la doctrina extranjera, en especial en materia constitucional, debe ser tratada con especial reserva, ésta se refuerza en este punto, por su extrema dependencia del dato positivo. Por otra parte, y precisamente en relación a los preceptos relativos a la afectación de los derechos, en general, el constituyente de 1980 fue particularmente prolífico y poco sistemático en el uso de expresiones que se pueden asociar a la idea de límites, limitaciones y restricciones, y que requieren de un

⁴⁵⁹ NARANJO DE LA CRUZ (2000), p. 88.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ NARANJO DE LA CRUZ (2000), p. 34 "Si bien para circunscribir el alcance de la delimitación del derecho fundamental era necesario centrarse sobre todo en la descripción que del mismo realiza el propio texto constitucional, y para atender a sus límites se extendía el interés a las relaciones de colisión con otros bienes o derechos constitucionales, la perspectiva a adoptar para la determinación del contenido esencial del derecho es objeto de una fuerte polémica doctrinal".

⁴⁶² En un sentido amplio toda ordenación normativa puede ser considerada regulación, y en este sentido la expresión abarcaría a las otras. Así, por ejemplo, cuando se dice que los límites de los derechos fundamentales forman parte de la regulación constitucional. Sin embargo, cuando aquí se habla de regulación se trata justamente de acotar su sentido a aquella parte de las disposiciones normativas que no constituyen límites, limitaciones o delimitaciones tal y como se explican en el texto.

⁴⁶³ Es así como la doctrina española dedica parte importante de su tiempo a filtrar los datos que puedan obtenerse de la doctrina alemana, de la que usualmente es tributaria, sobre la base de la radical diferencia entre el artículo 53 i. I de la carta fundamental hispana y el equivalente funcional del artículo 19 de la ley fundamental germana, que reza "Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no limitarse al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia". Sobre el específico tema de "limitación" y "delimitación" en España puede consultarse el trabajo de JIMÉNEZ CAMPO (1999), pp. 36-45.

tratamiento muy prolijo a fin de evitar la pérdida de la función normativa que cumplen en el respectivo ámbito normativo de cada derecho. Siguiendo esta función como criterio, se puede intentar ordenar estas disposiciones (diferenciándolas de las que ya se han mencionado como cláusulas habilitantes de intervención en el § 61).

Las dificultades conceptuales en este ámbito pueden verse sustancialmente reducidas —ya que no eliminadas por completo— si se atiende al hecho de que las confusiones existentes derivan de la ausencia de distinción en dos ejes diferentes.

El primero de ellos separa la categoría de las libertades con la de los derechos en sentido estricto. Mientras que la libertad como facultad de obrar es, conceptualmente, independiente del derecho (ordenamiento jurídico), los derechos en sentido estricto resultan de una definición del propio ordenamiento. Por lo tanto, en las libertades, los límites corresponden simplemente al borde exterior del ámbito de la protección iusfundamental de un universo abierto de posibilidades de actuación, forman parte de la definición del respectivo tipo iusfundamental⁴⁶⁴ y constituyen desde ya el contenido esencial del respectivo derecho respecto del legislador. En cambio, en los derechos, el contorno de la protección iusfundamental está dado por el propio ordenamiento jurídico, por lo que éste es, siempre, delimitación⁴⁶⁵ del respectivo derecho. Aquí el contenido esencial no es un límite impuesto al respectivo derecho, sino justamente el borde interno del mismo frente al cual debe detenerse el legislador. La confusión en este ámbito se debe a que el dominio, el derecho en sentido estricto quizás más importante para el Constitucionalismo⁴⁶⁶, haya sido tratado desde sus inicios y durante mucho tiempo, en algunos casos hasta hoy, bajo el prisma de una libertad como universo abierto de posibilidades de acción sobre el mundo físico, que el legislador viene a restringir, limitar o gravar, cuando interviene. La estructura ideológica y jurídica del dominio induce a esta confusión, ya que tiene por resultado consagrar un ámbito de libertad jurídicamente calificada y protegida, sobre un segmento de la realidad física —los bienes corporales—, y se va a considerar, en el paso del Feudalis-

⁴⁶⁴ Y es por ello que, respecto de las libertades, hablar de "delimitación" del respectivo derecho fundamental sólo tiene el sentido de expresar la actividad intelectual tendente a determinar su contenido protectorio, pero no aludir al efecto, en el plano normativo, de reducción de un ámbito "en principio" mayor, en virtud de algún acto legislativo o público en general.

⁴⁶⁵ Entendida, aquí sí, como reducción, en el plano normativo, de un ámbito potencial conceptualmente abierto.

⁴⁶⁶ Esta afirmación se refiere a la trascendencia política y al permanente debate histórico que ha suscitado la protección al dominio y, en general, la propiedad: no es una toma de posición teórica respecto de la relevancia de los derechos patrimoniales para el Constitucionalismo.

mo al Estado Liberal Burgués, como una “libertad” en principio ilimitada, resultante del concepto romanista –de corte pretendidamente individualista– de la misma⁴⁶⁷. Bajo esta perspectiva, la actividad legislativa configuradora del derecho de dominio en términos de restricciones o cargas aparecía siempre como un límite a un derecho de libertad en principio ilimitado, y tenía, por tanto, que encontrar el correspondiente rechazo. Cuando el lenguaje constitucional extendió la protección, ya no al dominio como instituto técnicamente formado y jurídicamente aceptado (facultad de uso, goce y disposición sobre cosas corporales), sino que a la propiedad en general, la dificultad y la confusión se hicieron aún más profundas.

El segundo eje que es necesario precisar es el que enfrenta al contenido protectorio con las demás posibilidades de ejercicio de libertad y que es relevante para determinar el concepto de regulación. Ciertamente, si la Constitución garantiza el derecho a trasladarse de un lugar a otro de la República, yo podría alegar que el límite máximo de velocidad en carreteras, o la imposibilidad de acceder a determinados lugares usando cierto tipo de transportes específicos (por ejemplo, un auto en un parque nacional), más que una regulación, es una verdadera limitación impuesta a mi derecho. Sin embargo, este tipo de alegatos es el que pasa por alto el eje aquí mencionado. El derecho a trasladarse de un lugar a otro de la República tiene como contenido protectorio que a nadie se le impedirá dicho traslado; pero no se extiende a los modos específicos en que dicho traslado pueda efectuarse. En el remanente de libertad no cubierto por el contenido protectorio de la respectiva libertad fundamental entramos al campo del derecho de libertad general, que queda sometido a la reserva general de regulación en beneficio del derecho de otros y en la evitación del perjuicio a la sociedad. Así, la característica esencial de la regulación es que no disminuye el universo de posibilidades cubiertas por el contenido protectorio de la respectiva libertad fundamental (ello sería atentatorio contra la tipicidad de esa libertad y por tanto contra su contenido esencial) sino que simplemente condiciona el modo de su ejercicio. Se aplican a la regulación los principios de proporcionalidad –no en relación aislada con la respectiva libertad fundamental, sino en especial respecto del derecho de libertad general– y la exigencia del respeto al contenido esencial que, aquí (respecto de las regulaciones) adquiere un matiz conceptual adicional. Una regulación no sólo atenta contra una libertad fundamental cuando persigue reducir sin habilitación constitucional el contenido protegido de la misma sino también cuando, sin aco-

meter dicha reducción, somete el ejercicio de dicha libertad a condiciones que jurídica o materialmente llegan a hacer ilusoria su posibilidad de ejercicio. Si bien normalmente este tipo de regulaciones podrán ser filtradas a partir del análisis del principio de proporcionalidad, la protección al contenido esencial conserva aquí una función de última línea de defensa⁴⁶⁸.

Por último, es necesario mencionar que en el caso de las libertades, la preceptiva constitucional sobre límites puede ser concretada –aquí, sí, en un sentido técnico de la voz concreción– a nivel legislativo. La concreción queda sometida al estándar que la respectiva jurisdicción constitucional construya a partir de la disposición constitucional sobre límites. Este es el caso de la legislación que penaliza el tráfico de sustancias estupefacientes, que puede entenderse una concreción a nivel legal del límite constitucional del artículo 19 N° 21 (que en este caso tendría que estimarse atentatorio contra la moral, porque el tráfico en sí no afecta el orden público, como lo demuestra el caso de drogas en que está permitido⁴⁶⁹). Esta concreción puede ser entendida como “delimitación” o “regulación”, pero en caso de utilizarse estos términos para aludir a ella habría que conservar en mente la idea de que se trata de la actualización de un límite previsto por la propia Constitución. Distintos son, en cambio, los excepcionales casos en que la misma Carta otorga una habilitación al legislativo para establecer limitaciones a una libertad, esto es, señalar él mismo ciertas posibilidades que pueden quedar excluidas del universo de posibilidades de esa libertad idealmente concebibles⁴⁷⁰. En estos casos, la Constitución entrega la determinación del estándar al legislador, y el órgano de control de constitucionalidad deberá remitirse a verificar si es posible conectar la opción legislativa con la habilitación expresada en la Constitución, no pudiendo entrar a construir dicho estándar para efectos del control.

A nivel de igualdades, por último, ni siquiera parece tener sentido introducir la noción de límites o limitaciones.

De acuerdo a las consideraciones precedentes, se puede intentar la siguiente sistematización de disposiciones sobre límites, (de)limitaciones y regulación en nuestra Carta.

⁴⁶⁸ Ver más abajo, en § 64. 2, la denominada concepción relativa de la protección al contenido esencial.

⁴⁶⁹ Alcohol, nicotina, cafeína.

⁴⁷⁰ La misma distinción hace Luis Aguiar de Luque, denominando a la segunda hipótesis aquí planteada “habilitación” o “reserva de limitación” y a la primera, “concreción legislativa” de los límites que la constitución establece, señalando que si bien la actuación legislativa tiene en ambos casos sustanciales diferencias, por cuanto en un caso tiene carácter constitutivo, mientras que en el primero carácter meramente declarativo, comparten ambas la misma estructura de “...una delimitación precisa de la limitación que se habilita establecer o se establece allí”, AGUIAR DE LUQUE (1993), p. 19.

⁴⁶⁷ Es importante destacar que ésta fue la visión ideológicamente cargada con que fue presentado el dominio en el paso del régimen feudal al Estado Burgués, pero no se corresponde con la realidad histórica de este instituto.

Un primer grupo está compuesto por aquellas disposiciones que, en la calidad de límites constitucionales, demarcan el respectivo tipo iusfundamental. En todos estos casos, la respectiva libertad, ejercida en contravención con las disposiciones limitantes pierde el amparo constitucional, y cualquier cuestión ulterior se despacha en una temprana fase del análisis. Basta establecer la contravención entre el ejercicio de la libertad y la cláusula que consagra un límite para precluir el ingreso a la discusión sobre la protección iusfundamental. En forma refleja, cualquier destinatario de los respectivos derechos fundamentales debe inhibirse de afectar o intervenir el ejercicio de la respectiva libertad si no es en virtud de alguno de estos límites. El legislador puede ejercer su potestad regulatoria en vistas a establecer las reglas específicas a las cuales traduce los respectivos límites, pero la determinación del contenido o estándar de los mismos queda entregada en última instancia al Tribunal Constitucional, sin otra condicionante que la determinación del sentido que atribuya a la cláusula limitativa en el ejercicio de su jurisdicción. En estricto rigor, entonces, los límites no constituyen afectación (regulatoria) de un derecho fundamental, sino que los bordes de su especificación conceptual: la protección iusfundamental de una libertad llega hasta allí donde están sus límites.

Se identifican límites, en este sentido, en las siguientes disposiciones.

- a) Artículo 19 N° 6 i. I, límites al ejercicio libre de todos los cultos: *la moral, las buenas costumbres, el orden público*;
- b) Artículo 19 N° 11 i.II, tratamiento de límites bajo la denominación de *limitaciones*, constituidas por la *moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional*;
- c) Artículo 19 N° 11 i. III, prohibición de orientación a la propagación de tendencia política partidista⁴⁷¹;
- d) Artículo 19 N° 14, bajo la denominación de *limitación*, “*proceder en términos respetuosos y convenientes*”;
- e) Artículo 19 N° 15 i. IV, *la moral, el orden público y la seguridad del Estado* como elemento definitorio de las asociaciones *prohibidas*;
- f) Artículo 19 N° 15 i. VI, la segunda oración en relación a los objetivos, actos o conductas del respectivo colectivo, que no respeten “*los principios básicos del régimen democrático y constitucional*”, el objetivo de *establecimiento de un sistema totalitario*, el uso, propaganda o incitación a la *violencia como método de acción política*...;

⁴⁷¹ Aunque puede considerarse, más que limitación a la libertad de enseñanza, mandato a la autoridad para privar de reconocimiento oficial a la enseñanza con esta orientación.

- g) Artículo 19 N° 21 “*moral, orden público, seguridad nacional*” como límites;
- h) Artículo 19 N° 23 i. I, “*excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres*”; (en cuanto límite constitucional de la libertad para adquirir el dominio de los bienes)

- i) Artículo 19 N° 19 i. III, prohibición de intervención en actividades partidistas, para los sindicatos.

Un segundo grupo de preceptos está dado por disposiciones que habilitan al legislador para fijar la extensión de la respectiva libertad o derecho, lo que implica una facultad para limitar aquella o delimitar éste. En estos casos, se le entrega al legislador un amplio margen de configuración, que el órgano de control de constitucionalidad sólo podrá refrenar cuando estime que la actuación legislativa se desvincula de la habilitación constitucional; teniendo cuidado de respetar la competencia que la Constitución le otorga al legislador para definir el contenido de la misma. La característica de esta categoría es que en ella la Constitución le otorga al legislador la facultad de dictar preceptos cuyo objetivo es ceñir o acotar un ámbito protegido cuyas posibilidades conceptuales son más amplias o extendidas que las que van a resultar de la actuación legislativa. En el caso de los derechos en sentido estricto, la delimitación opera como configuradora normativa del respectivo derecho.

Constituyen disposiciones que habilitan la respectiva limitación o delimitación:

- a) Artículo 19 N° 8 inciso II, “*la protección del medio ambiente*” como disposición habilitante para “*restricciones específicas*” legislativas al ejercicio de determinados derechos o libertades;
- b) Artículo 19 N° 16 i. IV, la habilitación legislativa para prohibir trabajos que se opongan a la moral, a la seguridad o salubridad públicas; o al interés nacional, y ello sea declarado por ley;
- c) Artículo 19 N° 18 i. III, habilitación a la ley para establecer cotizaciones obligatorias;
- d) Artículo 19 N° 20, habilitación a la ley para establecer cargas públicas, incluyendo las cargas personales (como afectaciones a la libertad personal), y las afectaciones patrimoniales (tributos);
- e) Artículo 19 N° 23 i. I, “*o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así*”, y “*limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio*” por exigencias del interés nacional;
- f) Artículo 19 N° 24, “*limitaciones y obligaciones que deriven de su función social*”: la que comprende *los intereses generales de la nación; seguridad nacional; utilidad pública; salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental*.

g) Artículo 19 N° 24 i. 7, en cuanto habilita (e impera) a la ley para establecer un régimen de amparo destinado a asegurar la obligación del dueño de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera.

Un tercer grupo está constituido por específicas habilitaciones regulatorias al legislador que, en esta medida no podrán limitar el ámbito de actuación del titular de una libertad, sino sólo indicar modalidades de su ejercicio. Como se ha dicho arriba, lo que caracteriza a una regulación es que deja intacto el universo de posibilidades entregado por la respectiva libertad, y sólo las somete a modalidades de ejercicio.

a) Artículo 1 N° 7 literal [a], “*las normas que se establezcan en la ley*” y “*el perjuicio de terceros*”;

b) Artículo 19 N° 12 i. IV, en cuanto a la libertad de prensa (*en las condiciones que señale la ley*);

c) Artículo 19 N° 16 i. IV, la exigencia de grado universitario que puede imponer la ley para el ejercicio de determinadas profesiones;

d) Artículo 19 N° 21 referencia a normas legales “*que regulen*” la respectiva actividad.

Por último, hay un grupo de disposiciones de función miscelánea, pero que aparecen a la primera lectura como preceptos sobre límites, pero en realidad cumplen una función diferente:

a) Artículo 19 N° 6 II, las “*condiciones de seguridad e higiene*” a que se debe someter el ejercicio del *ius erigendi*, que en estricto rigor no pueden entenderse como límites al ejercicio de este derecho, sino sumisión del mismo a las reglas generales aplicables a otro tipo de actividades de construcción (en la contraposición hecha arriba entre incidencia en el contenido protectivo y regulación del remanente en el ámbito de la libertad general); cosa similar sucede con

b) “*las disposiciones generales de policía*” del artículo 19 N° 13, en una correcta comprensión del derecho de reunión;

c) Artículo 19 N° 16 i. V, en cuanto a la posibilidad de que la ley no permita negociar: Esta disposición no contempla un derecho fundamental a la negociación colectiva, sino simplemente una disposición con la estructura regla general –excepción. El derecho a negociación colectiva es una regla general dispuesta constitucionalmente, que admite excepciones legales, en todos aquellos casos en que el legislador las estime procedentes;

d) Artículo 19 N° 16 i. VI, en cuanto a la prohibición de huelga de funcionarios del Estado o municipalidades, etc. Esto no es un límite a un derecho fundamental constitucional, ya que el derecho a huelga no está constitucionalmente

reconocido: si el legislador quisiese consagrarlo, se encontraría en todo caso con este límite al ejercicio de sus facultades⁴⁷², y

e) Artículo 19 N° 18 i. II, en cuanto no constituye habilitación para la regulación legal (se trata de un derecho en sentido estricto y, por tanto, nace a partir de la correspondiente regulación) sino que determina el quórum exigido para ella.

Al enfrentar las disposiciones enlistadas es necesario tomar en cuenta el diferente sentido protectivo que tienen los derechos en relación con sus destinatarios. El primer elemento normativo que cabe aislar, dentro de los preceptos referidos arriba, es la categoría que corresponde a disposiciones constitucionales que permiten definir, en ese ámbito –esto es, a nivel constitucional– el ámbito de la protección. Si en esta etapa se toma en cuenta la diversidad de destinatarios, se puede realizar una precisión indispensable para no caer en la confusión que produce el empleo de los términos “contenido protectivo” y “protección al contenido esencial”. Los derechos fundamentales se dirigen a distintos destinatarios: órganos ejecutivos, órganos jurisdiccionales, poder legislativo, y en este sentido, su contenido protectivo puede manifestarse en diferentes dimensiones. Respecto del poder legislativo, sin embargo, su contenido protectivo siempre constituirá aquello que resulta indisponible para el legislador, habida cuenta de las habilitaciones que, para la actuación de éste, puedan encontrarse en la Constitución. De esta manera, protección al contenido esencial y contenido protectivo del respectivo derecho fundamental, frente al poder legislativo, son una misma cosa. Esto se entiende, claro está, sin perjuicio de las exigencias que se planteen al poder legislativo al momento de actuar las habilitaciones legislativas de regulación o limitación.

Así, por ejemplo, el derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar tiene como contenido protectivo, dirigido hacia los órganos del ejecutivo, la imposibilidad de ingresar al domicilio de una persona sino en los términos prescritos por la ley, los que eventualmente incluirán una habilitación judicial; y para el juez, la vinculación a la ley en relación a los casos y formas fijados por ésta. La ley tiene aquí un amplio espacio de regulación, pero ¿cuál es el contenido protectivo de este derecho para el legislador? La fórmula que expresa el mínimo según el cual la

⁴⁷² A menos que pudiese llegar a discutirse con éxito el estatuto constitucional del derecho a huelga. En principio, como se plantea arriba, este derecho parece carecer de reconocimiento constitucional y, por lo tanto, la disposición en comento se trataría simplemente de un límite para el legislador en cuanto a los casos en que no puede otorgar este derecho a las personas que menciona. Si, por el contrario, se discutiese una posible comprensión del derecho a huelga como incluido dentro de la idea de negociación colectiva, o bien dentro de una de las medidas de acción propias del sindicato como forma especial de asociación, y, por tanto, en cualquiera de los dos casos, como un derecho con reconocimiento constitucional, el inciso final del artículo 19 N° 16 podría entenderse como una disposición que limita subjetivamente (en el campo de la titularidad) este derecho.

garantía no se torne vacía. Lo que persigue la inviolabilidad del hogar es sustraer a ese espacio de desarrollo individual de intervenciones arbitrarias o no sujetas a control, por lo tanto, debe entenderse que, aun cuando sujeta a regulación legislativa sin otro condicionante, el contenido protectivo, frente al legislador, prohíbe la producción de preceptos que i. dejen entregada a la discreción del órgano ejecutivo el ingreso al hogar sin descripción de casos ni de control (por ejemplo: “Los agentes de policía podrán ingresar al hogar en cualquier momento comprendido entre las seis de la mañana y las doce de la noche”); ii. contengan una descripción tan precaria o genérica de “los casos” que el efecto final sea equivalente a la alternativa anterior (ejemplo: “En caso de necesidad, el juez autorizará a los agentes de policía que lo soliciten autorización para ingresar a domicilios determinados”), o iii. entreguen la calificación de la procedencia del caso al propio órgano ejecutivo: (“Los agentes de policía podrán ingresar al hogar en cualquier momento en que lo estimen necesario cuando exista un peligro real y presente de cometerse un delito en el respectivo domicilio”).

Estos elementos serían los que conforman el contenido esencial de la inviolabilidad del hogar para el legislador, sin que sea necesario para su análisis, como se observa, la inclusión de categorías de “delimitación” (normativa) frente a dicho contenido esencial.

Este modelo parece adecuado para el tratamiento dogmático del tema, y elimina la artificial nomenclatura que, respecto de la actividad legislativa, presenta la coexistencia, en un mismo plano, de conceptos como “delimitación”, “límites” y “contenido esencial”. En la fórmula propuesta sólo existe para el legislador: a) un contenido protectivo indisponible, que es el denominado contenido esencial, y que coincide con el contenido protegido del respectivo derecho fundamental frente al legislador⁴⁷³; y b) un conjunto de requisitos que permiten evaluar la constitucionalidad de la actuación legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales, ya sean limitaciones para las libertades, delimitaciones para los derechos, o regulaciones en general. Dentro de estos requisitos (ocasionalmente denominados, conjuntamente con la protección al contenido esencial, como límites a los límites⁴⁷⁴) encontramos que:

⁴⁷³ Que en el caso de las libertades se extiende hasta donde llegan sus límites constitucionales y en el caso de derechos en sentido estricto configura el núcleo conceptual –por construir en cada caso– de cada derecho.

⁴⁷⁴ En palabras de un autor: “Con la expresión ‘límites de los límites’ se conoce el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para la leyes restrictivas de derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia” AGUIAR DE LUQUE (1993), p. 25.

i) la concreción de límites, la limitación o delimitación, o la regulación legislativa debe contar con una habilitación constitucional: ya sea expresa, en el caso del precepto constitucional que establece los límites de un derecho fundamental, que habilita la limitación o delimitación legislativa o su actividad regulatoria, según las categorías vistas; o bien una habilitación “implícita”⁴⁷⁵, admitiéndose bajo este rubro la actividad legislativa tendente a conciliar el ejercicio de un derecho fundamental con otros derechos fundamentales, o con los así denominados “bienes constitucionales”, concretando aquí el legislador el borde de contacto o frontera entre dichos derechos y/o bienes constitucionales⁴⁷⁶. Frente a la objeción que, en contra de esta posición podría alzarse sobre la base de la redacción del artículo 19 N° 26 “o que las limiten en los casos en que *ella* lo autoriza”, cabe hacer presente que el mismo artículo distingue otras dos figuras diferentes, la de *regulación* y la de *complemento*⁴⁷⁷ de las garantías, y que la exigencia destacada se

⁴⁷⁵ Si bien, como se señala en nota *ut infra*, esta idea es generalmente aceptada en la doctrina y jurisprudencia comparada, es rechazada en Chile por José Luis Cea Egaña, quien señala: “...no cabe duda de que la competencia para regular, complementar o limitar los derechos le es reconocida al legislador sólo cuando existe un mandato expreso de la Constitución o si se trata de un caso también explícitamente autorizado por ella. (...) O sea, los preceptos legales no pueden regular, complementar o limitar los derechos y libertades sin orden o permiso expreso del Poder constituyente para estos efectos”, CEA EGANA (1988), p. 294.

⁴⁷⁶ Por sobre las diferencias de los textos constitucionales, puede decirse que esta habilitación es generalmente aceptada por la jurisprudencia y doctrina en Alemania, España (sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982: No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que como señalaba este Tribunal en sentencia de 8-IV-81, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”, citado por AGUIAR DE LUQUE (1993), p. 21), Francia (sentencia del Consejo Constitucional de 19 y 20.04.1981, considerando 62: “*Considérant, dès lors, que les dispositions... de la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas... contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnelles reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle*”, citado en FAVOREU y PHILIP, (2001), p. 433) e Italia. En el caso de Portugal, si bien se exige habilitación constitucional expresa, se establece el requisito de la necesidad de la limitación para la salvaguardia de otros derechos o intereses constitucionales: artículo 18.2 “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. El artículo 36.2 de la Constitución Suiza de 1999 prescribe: “Toda restricción de un derecho fundamental deberá estar justificada por el interés público o por la protección de un derecho fundamental de un tercero”.

⁴⁷⁷ El contenido conceptual de limitación y regulación ya se ha explicado más arriba en este mismo párrafo. La única forma de dar un significado útil para la expresión “complemento”, en el 19 N° 26, ha de ser una figura que no sea coincidente con el sentido atribuido a las dos anteriores. Puede proponerse, por esto, la idea de desarrollo legislativo de un derecho fundamental que no implique su limitación ni su

refiere precisamente a las limitaciones. De este modo, la exigencia de autorización expresa claramente no cubre toda la actuación legislativa en el campo de los derechos constitucionales y, por ende, no a toda la actuación legislativa le es exigida una habilitación constitucional expresa. Usando la terminología del derecho comparado podría decirse que la habilitación expresa es, en nuestro sistema, exigencia para la limitación o delimitación, y que se subentiende para la concretización en los casos de límites constitucionales expresos, pero no es requisito para otras categorías de actuación legislativa como la regulación;

ii) la actuación legislativa debe encontrarse justificada de acuerdo a los requisitos del principio de proporcionalidad, que se trata más abajo (§ 63.3).

§ 63. LOS LÍMITES GENERALES: EL DERECHO DE TERCEROS

Parte de la doctrina sostiene que los derechos fundamentales encontrarían límites generales —distintos a los específicos de cada derecho—, en el bien común, la buena fe, la proscripción del abuso del derecho, y el respeto a los derechos de los demás⁴⁷⁸.

La afirmación de que el derecho de uno termina allí donde empieza el derecho del otro ha llevado a proponer la existencia de los derechos de terceros como límite de carácter general de los derechos fundamentales. Este límite, ocasionalmente categorizado como “inmanente”, estaría dado por los derechos de otros. El problema relativo a los derechos fundamentales de terceros como límite de un derecho fundamental conlleva diversas preguntas. En primer lugar, la relativa al significado exacto de esta afirmación. ¿Qué significa en términos precisos señalar que el derecho de un individuo es límite de los derechos fundamentales de otro? En segundo lugar, el relativo a su extensión. ¿Sólo son límites a los derechos fundamentales de otro los demás derechos fundamentales? ¿O el derecho fundamental de un individuo también tiene como límite derechos no fundamentales de los demás? Por último, la que en términos lógicos es la primera pregunta, y en el ámbito dogmático nos remite al derecho constitucional vigente: ¿tiene sentido este uso del lenguaje?

Continuación nota ⁴⁷⁷

regulación. Por ejemplo, el reforzamiento de la garantía otorgada por la Constitución (como sucede con la reducción del plazo de privación de libertad a 24 horas en el proceso penal), el otorgamiento de acciones procesales específicas (como sucede en el caso del denominado amparo económico de la ley N° 18.971 al artículo 19 N° 21), la ley N° 19.628 —que consagra una libertad religiosa no reconocida, como tal, en nuestra Constitución, y en ese sentido sólo es complemento de algunos aspectos del artículo 19 N° 6 como la libertad de cultos y el derecho a erigir templos, y del 19 N° 11, etc.

⁴⁷⁸ Ver al respecto NOGUEIRA (2007), p. 82.

A la primera pregunta debe responderse señalando que el sentido de esta afirmación, en la mayor parte de la literatura, apunta a sostener que los derechos de otros constituyen un límite para el respectivo derecho fundamental en el sentido que éste no puede ser ejercido de tal modo de afectar los derechos de otros. De este modo, el contenido protectivo del derecho fundamental de, por ejemplo, Juan está definido en relación a aquellas conductas que no puede realizar por afectar cualquier derecho de cualquier otra persona. Ahora bien, como el derecho de esta otra persona, a su vez, está limitado por los derechos de Juan, la fórmula, se torna circular o tautológica, ya que para definir conceptualmente el derecho de Juan respecto de los límites que para él representan los derechos de otros debo utilizar unos derechos de otro definidos también respecto de los derechos de Juan.

La cuestión se hace más compleja si se toma en cuenta que no hay razón para señalar que los derechos fundamentales de Juan sólo encuentran su límite en los derechos fundamentales de otra persona. ¿Por qué sólo en los derechos fundamentales? En Chile, no está aún consagrado el derecho fundamental a dormir tranquilo de noche. Reducido a este solo punto de derecho, ¿podría Juan alegar la fundamentalidad de su derecho a realizar una actividad económica, por ejemplo, cuando se dedica a aserrar madera a las tres de la mañana, frente al no fundamental —y ni siquiera consagrado positivamente— derecho de su vecino a dormir tranquilo, que éste hace valer así ⁴⁷⁹ en sede jurisdiccional?

Antes de responder la tercera pregunta, cabe hacer un análisis de la posibilidad de acoger, a nivel positivo, la tesis de los derechos de terceros como “límite inmanente” de los derechos fundamentales. Por lo pronto, no existen sólidos puntos de arranque para la construcción de una teoría de los derechos de terceros como límites inmanentes en nuestra Carta⁴⁸⁰. A diferencia de la disposición general prevista en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 32 N° 2⁴⁸¹, y de los preceptos específicos en esa convención y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁴⁸², no se encuentran en nuestra carta reglas sobre los dere-

⁴⁷⁹ ¡Y no alegando, por ejemplo, una lesión a su derecho de propiedad sobre el bien incorporal consistente en el derecho a dormir tranquilo!

⁴⁸⁰ PRECHT (2001) reconoce la existencia de una cláusula regulatoria en un sentido sustantivo, pero no incorpora, en su fórmula, a los derechos de otros como límites de los derechos fundamentales.

⁴⁸¹ Artículo 32.2 “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

⁴⁸² La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias (artículo 12.3), el ejercicio del derecho de reunión (artículo 15) del derecho de asociación (artículo 16.2) y de la libertad ambulatoria (artículo 22.3) quedan sometidos a las limitaciones o restricciones que se establezcan en virtud de una ley y que sean necesarias (indispensables, artículo 22) en una sociedad democrática (para prevenir infracciones

chos y libertades de otros como límites generales al ejercicio de los propios derechos. Si bien es cierto el artículo 20 abre una amplia puerta al alegato de derechos constitucionales frente a las conductas de particulares, se trata allí de una cuestión distinta, ya que lo que se busca en el análisis de esta materia es precisamente dilucidar los criterios a partir de los que se entenderá producida una amenaza, perturbación o privación, y en relación a los cuales se podrá estimar alterado (y en consecuencia requerido de restablecimiento) el imperio del derecho.

El artículo 6º inciso II ha llevado a muchos a sostener que los particulares se encuentran también vinculados por el artículo 19 y, en esa medida, deben respetar los derechos de los demás. Esta posición podría verse sustentada en una interpretación del artículo 1º, i. IV que, abandonando la idea de la CENC respecto de la expresión “con pleno respeto a los derechos y garantía que esta Constitución establece” (que originalmente se entendió o consagró como referida al modo de actuación del Estado en la promoción del bien común) la extendiese a los particulares, en el sentido de que el propio máximo desarrollo debe darse dentro del respeto de los derechos reconocidos a otros. Sin embargo, su contribución para sostener una teoría de los derechos de terceros como límites inmanentes es pobre. Como ya se ha tratado en § 59, del artículo 6º i II se desprende una sujeción de las personas a la Constitución, con un muy restringido efecto limitativo de la libertad individual. Salvo los casos de responsabilidad que la misma Carta establece⁴⁸³, el artículo 6º inciso II sólo implica un deber de sujeción al orden institucional en los términos que la Constitución dispone. De allí que la lectura de este precepto sólo tenga sentido en inmediata concordancia con el inciso III del mismo artículo, que deja entregada a la ley la determinación de las sanciones y responsabilidades que correspondan, incluso bajo la hipótesis precisa de infracción a la norma precedente. Hasta para quien sostiene que los particulares son destinatarios de derechos fundamentales debe resultar claro que a la luz de este precepto, el particular que “incumple” la Constitución y “lesiona” los derechos fundamenta-

Continuación nota ⁴⁸²

penales, artículo 22), en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o moral públicas o los *derechos y libertades de los demás*. En el caso de la libertad de expresión, su ejercicio queda sometido a un régimen de responsabilidad ulterior, la que debe estar fijada en la ley y ser necesaria para asegurar, i.e., el *respeto a los derechos o a la reputación de los demás*. Regulación similar contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto de la libertad ambulatoria (artículo 12.3), de la libertad religiosa (artículo 18.3), el derecho de reunión (artículo 21) y el derecho de asociación (artículo 22.2), así como de la libertad de expresión (artículo 19.2), aun cuando en este último caso sin una consagración explícita del régimen de responsabilidad ulterior.

⁴⁸³ Por ejemplo, en el artículo 9º i.II: en contraste, las infracciones a los deberes constitucionales del artículo 22, claramente dirigidos a los particulares, quedan sin sanción si no la establece la ley.

les de otro sólo puede ser sometido a las consecuencias (sanciones, responsabilidades) que para dichas “infracciones” determine *la ley*. El propio principio de legalidad penal ya implica una opción constitucional por entregar a la ley la regulación de los efectos del ejercicio de una libertad que afecta a ciertos bienes jurídicos (según la nomenclatura utilizada por la dogmática penal), los cuales en muchos casos se ubican dentro del ámbito protectivo de determinados derechos fundamentales (vida, integridad física, libertad, honra, propiedad). De este modo, estos derechos no constituyen un límite al derecho de libertad general en cuanto fundamentales, sino en cuanto son elegidos por la ley penal para asociar su lesión fáctica a determinadas consecuencias jurídicas. Refuerza esta idea la solución que la propia Constitución daba, antes de la reforma del año 2005, a uno de los casos más frecuentemente citados como problema de límite entre derechos: el ejercicio de la libertad de opinar e informar frente a la protección a la honra y a la vida privada, que la Carta encomendaba específicamente a la ley penal en el caso de infracción a estos dos últimos por un medio de comunicación social (artículo 19 N° 4 i. II de la Constitución, antes de la reforma). O sea, incluso allí donde la misma Constitución constataba la hipótesis de infracción a un precepto iusfundamental, remitía las consecuencias específicas a la regulación que la ley hiciese del respectivo delito.

Otro elemento a considerar es que nuestra Constitución estableció el respeto los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como una limitación al ejercicio de la soberanía (y no al ejercicio de otros derechos) (artículo 5º i.II). De ella queda claro que la función limitativa que aún pudiese afirmarse a partir del artículo 6º queda circunscrita por la disposición especial que la acota a los órganos del Estado en el artículo 5º.

Hay también disposiciones que, o bien solucionan de manera específica algunos casos que podrían considerarse “colisiones” de derechos, o bien establecen regulaciones precisas sobre las posibles limitaciones de los derechos. Es así como en contra de una teoría general de los derechos de terceros como límites inmanentes de los derechos fundamentales podría levantarse la redacción del artículo 19 N° 11, que excluye de manera expresa otras limitaciones de la libertad de enseñanza que no sean las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Podrá argumentarse que ello tiene sentido en cuanto la libertad de enseñanza no puede chocar contra otros derechos⁴⁸⁴; sin embargo, lo que

⁴⁸⁴ Lo que es un error ya que, al menos, puede dar origen a los mismos problemas que se plantean con el ejercicio de la libertad de opinar e informar, respecto de la protección a la honra (y en menor medida, a la vida privada).

constituye el núcleo de la teoría de los derechos de terceros como límites inmanentes es su carácter general (*todo* derecho reconoce como límite los derechos de los demás) sin consideración de las específicas posibilidades de conflicto. Del mismo modo, al considerar la redacción del literal [a] del artículo 19 N° 7 se observa que la Constitución no deja a salvo, frente al ejercicio de la libertad ambulatoria, “el derecho” ajeno, sino “el perjuicio” de terceros. Esta disposición resulta particularmente interesante en el contexto del tema tratado, ya que a partir de ella puede sostenerse que cuando el ejercicio de la libertad ambulatoria por un sujeto, Juan, es desafiada por otro, Pedro, no bastará por parte del segundo la alegación de un “derecho” afectado (por ejemplo, derecho de propiedad sobre un terreno no construido, aunque medianamente cercado, pero al cual se puede ingresar sin afectar los cierros), sino que deberá agregar el alegato de un perjuicio, sin el cual Juan, podrá, por así decirlo, seguir caminando.

En este mismo grupo puede mencionarse el artículo 19 N° 16 i. final, donde la Constitución entra a regular la colisión entre un derecho que no tiene rango constitucional (derecho a huelga) y un derecho constitucional (salud) y elementos valorados positivamente por la Constitución (evitar el daño a la economía del país, al abastecimiento de la población, a la seguridad nacional). Esto podría servir para argumentar que lo que colisiona es siempre la libertad o los derechos a secas, y no su faz constitucional, llegando la Constitución a solucionar esta colisión incluso en el caso de libertades no amparadas constitucionalmente (derecho a huelga) cuando ha estimado que debe darle preferencia a algún derecho (que podría discutirse si es el mismo derecho a la salud consagrado en el artículo 19 N° 9) o a los otros elementos ya enunciados.

A la luz de estas consideraciones sobre el derecho constitucional positivo vigente, y las respuestas dadas anteriormente al sentido y extensión de la teoría que ve en los derechos de terceros límites inmanentes de los derechos fundamentales, se puede responder la pregunta pendiente, relativa al sentido o utilidad que tiene este uso del lenguaje, concluyendo que el mismo carece de fundamento y utilidad dogmática en nuestro ordenamiento constitucional. Tampoco tiene sentido desde un punto de vista lógico, como se explica más abajo con ocasión del tema de la colisión de derechos (§ 68).

§ 64. LÍMITES A LOS LÍMITES

En la literatura se suele encontrar, con la denominación “límites a los límites”, las barreras que se reconocen en general a la actividad del Estado, y una vez hecha una reserva a favor del legislador, específicamente a la de éste, para delimitar o regular el ejercicio de los derechos. Se encuentra aquí la reserva de competencia a

favor del legislador, la exigencia de respeto al contenido protectivo como parte de la tipicidad iusfundamental (“garantía al contenido esencial”) y a los requisitos establecidos para acometer la respectiva delimitación o regulación (principio de proporcionalidad). Se exponen a continuación en el actual estado en la doctrina y la jurisprudencia, sin intentar armonizarlos con los elementos dogmáticos hasta aquí expuestos.

1. La reserva legal

Esta reserva constituye un límite a la facultad de afectar derechos fundamentales y, en esa medida, es una garantía para los derechos⁴⁸⁵, en dos aspectos diferentes. Por una parte, se trata de evitar una actuación caso a caso, o una regulación que escape a las exigencias de abstracción y generalidad que subyace a una concepción material de ley. En este sentido, podría cumplir estas exigencias tanto la ley emanada del parlamento como un reglamento emanado del ejecutivo; y, a la inversa, puede incumplir la reserva legal incluso una ley aprobada por el Congreso, si abandona su carácter de regulación general y abstracta⁴⁸⁶. El segundo aspecto de garantía de la reserva legal se conecta con la mitificación del pensamiento rousseauniano, según el cual la decisión del soberano, al ser expresión de la voluntad general, no debiese ser temida, ya que no sería concebible pensar que, con carácter de generalidad y abstracción, los individuos pudiesen acordar leyes en perjuicio de sus propios derechos. Esta elegante construcción racionalista se ve refutada ante la realidad representativa de la organización política moderna –rechazada expresamente por Rousseau, cuyos postulados se dirigían a una democracia directa–, por la naturaleza de esa representación –ya no más la ideal construcción de los intereses nacionales en manos de unos hombres ilustres y desinteresados, sino una compleja articulación de intereses políticos, sociales, económicos en el seno de un cuerpo abierto a la influencia de grupos organizados, opinión pública, actividad

⁴⁸⁵ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado a este principio la denominación expresa de garantía, en su rol N° 239, considerando 13: “...no está demás recordar que conforme con lo que dispone imperativamente la Constitución, los órganos del Estado están al servicio de las personas y al cumplir su finalidad de bien común deben hacerlo con “pleno respeto” de sus derechos y garantías (artículo 1º, inciso cuarto), debiendo incluso promover su ejercicio, esto es, sin vulneración, perturbación o privación de ellos, y se atenta en su contra cuando se infringe una *garantía* tan básica como es la “reserva legal” dispuesta por la Constitución para la regulación de una materia”. De este modo, la reserva legal, en la noción del Tribunal, forma parte del respectivo derecho, y la lesión de aquella implica una lesión de éste.

⁴⁸⁶ Por ejemplo, el caso de una ley aprobada años atrás (en un día) cuyo objetivo conocido y único fue permitir la inscripción de candidatos en un proceso electoral, a un partido de gobierno que había realizado las inscripciones erróneamente, encontrándose ya vencido el plazo como para haber procedido a corregirlas.

de cabildeo o *lobbying*—, y, por último, por la constatación empírica de la posibilidad de decisiones mayoritarias en perjuicio de las minorías. Aun frente a estas consideraciones, la discusión pública que se da en los procedimientos parlamentarios, sigue haciendo más recomendable que lo sustantivo de la regulación subconstitucional quede entregado al debate y decisión parlamentaria, al menos en tiempos de normalidad constitucional (justamente, la principal alteración al sistema de garantía en la Constitución se da, en los estados de excepción constitucional, en la eliminación de la reserva legal en beneficio de competencias regulatorias y de intervención del ejecutivo).

La mayor parte de la doctrina estima que la reserva legal constituye un principio general en materia de regulación de derechos constitucionales. En contra de esta opinión, cabe constatar que nuestro sistema constitucional no contempla una reserva legal genérica en materia de regulación de derechos constitucionales. No todos los derechos se encuentran sometidos a una reserva de regulación a favor de la ley, y por lo tanto no les es aplicable lo dispuesto en el artículo 19 N° 26, que hace alusión a los preceptos legales “que por mandato de la Constitución” regulen o complementen las garantías que establece, o que los limiten “en los casos en que ella lo autoriza”. En el artículo 63 no se encuentra una referencia genérica a la regulación de derechos fundamentales, y la limitación a la delegación de facultades legislativas del artículo 64 sólo es indicativa que no se podrán otorgar al Presidente las atribuciones legislativas que el Congreso tenga respecto de las garantías, pero no se deduce un principio implícito de regulación legal de los derechos. De este modo, la reserva legal en nuestra Constitución no es “un principio”, como ocasionalmente se denomina, sino simplemente un ámbito excluyente de la potestad reglamentaria autónoma en todos aquellos casos en que un precepto iusfundamental encomiende su regulación a la ley, y en todo lo que se refiera a establecer las bases esenciales del ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales según el artículo 63 N° 20 (sea cual sea la interpretación que a esta expresión se pueda dar). En estos casos se trata, además, de una reserva legal asimétrica, en cuanto rechaza la intervención legislativa del ejecutivo vía decreto con fuerza de ley, pero, en la doctrina dominante, admite la intervención, con rango, al menos, de ley, de la regulación convencional internacional, en cuanto aprobada por el Congreso y ratificada por el Presidente.

En materia de derechos fundamentales esta reserva rige según la doctrina, con la sola excepción de la regulación del derecho de reunión en lugares públicos y, en un aspecto secundario, respecto del *ius erigendi* en cuanto la referencia a las ordenanzas de higiene y seguridad pueda involucrar disposiciones de carácter reglamentario urbanístico. Respecto de los demás derechos, la cuestión fundamental

se refiere a la intensidad regulatoria que debe satisfacer la ley de tal modo de delimitar la acción del reglamento. Éste es uno de los pocos tópicos de derechos fundamentales respecto del cual existe —o existía hasta el año 2006— una doctrina jurisprudencial establecida. Por la vía de reconocer su competencia para conocer de la constitucionalidad de fondo de decretos supremos en virtud del antiguo artículo 82 i. I N° 5⁴⁸⁷, el Tribunal Constitucional tuvo diversas oportunidades para pronunciarse sobre la delimitación del campo de acción de la ley y el reglamento. En la sentencia librada en causa rol N° 370 se contiene, en sus considerandos 11° a 25° lo que puede estimarse la síntesis de la posición del Tribunal sobre esta materia a abril de 2003.

El Tribunal articula su razonamiento sobre la base de una idea de armonización entre el ejercicio de la potestad legislativa y la potestad reglamentaria (cons. 13°), y estructura su análisis a partir de la premisa que tanto la historia fidedigna como la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el sistema de reserva y dominio legal se estructuran en dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa; el primero, previsto en los artículos 32 N° 8 y 60⁴⁸⁸ de la Constitución, y el segundo, con alcance general y de común aplicación; el segundo nivel de reserva, en cambio, se encontraría en disposiciones específicas. A su vez, dentro de estas disposiciones específicas sería posible distinguir algunas de ellas en que la reserva es más absoluta que otras (cons. 15°), y se remite para justificar este aserto a su propia doctrina, sentada en el rol N° 254, cons. 26°: “...la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte de el legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley, v.g. en los artículos 10 N° 4, 24 inciso segundo; 32 N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor”.

El Tribunal continúa con su razonamiento en la sentencia del rol N° 370: mientras que en el campo de la reserva legal relativa quedaría abierto, como señala el Tribunal, un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, en el caso de la reserva legal con carácter más absoluto, “la regulación del

⁴⁸⁷ Tras la reforma del 2005, la competencia para conocer de la constitucionalidad de los decretos supremos no es discutible, y se encuentra en el artículo 93 i. I N° 16 de la Carta.

⁴⁸⁸ Actuales 32 N° 6 y 63 de la Carta.

asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de una ley como una categoría diferenciada e inconfundible de norma jurídica” (cons. 17º). El constituyente exigiría aquí a la función legislativa un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, de minuciosidad en la normativa dictada, profundidad o grado de elaboración de los textos preceptivos que aprueba, incluyendo en ello un pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas, de tal modo que resultaría obligatorio reconocer que aquí el ámbito de la potestad reglamentaria se halla más restringido o subordinado (cons. 18º).

Para cumplir esta exigencia constitucional, señala el TC “...el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica” (cons. 19º)⁴⁸⁹. Y continúa definiendo las exigencias planteadas a la regulación legislativa del ejercicio de los derechos de acuerdo con los criterios fijados en el cons. 40º del rol N° 325: “...las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo, requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad.(...) Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma, para hacer así posible el mandato legal”.

La potestad reglamentaria de ejecución, en cambio, “sólo puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, ca-

rácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevadas a la práctica.” (cons. 23º).

Esta postura jurisprudencial parece quedar al menos matizada –sino sustancialmente modificada– durante el año 2006, con ocasión de dos fallos del Tribunal conociendo de acciones de inaplicabilidad de acuerdo al artículo 93 i. I N° 6, competencia que le fuera otorgada en la reforma constitucional del año 2005. En las respectivas sentencias, recaídas en roles N° 479 y 480, el Tribunal rechaza sendos recursos en contra del artículo 15 de la ley N° 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, que dispone la aplicación de sanciones por infracción a los reglamentos, sin contener el núcleo de las conductas a ser sancionadas⁴⁹⁰.

2. La protección al contenido esencial

La idea de contenido esencial, o esencia de un derecho, nace ligada a la teoría de las garantías de instituto⁴⁹¹, como una construcción doctrinaria destinada a dotar de contenido a los derechos fundamentales configurados por el derecho (los denominados “institutos jurídicos”). Sin embargo, a partir de su recepción positiva en la *Ley Fundamental de Bonn*, como garantía de carácter general, se ha difundido en el constitucionalismo occidental de raíz continental, generalizándose casi sin excepciones.

La actual concepción del contenido esencial puede considerarse correlativa a la forma de comprender la estructura normativa de los derechos fundamentales, distinguiéndose una concepción relativa y una concepción absoluta de la garantía al contenido esencial.

Para la concepción relativa, el contenido esencial de un derecho se ve afectado cuando éste experimenta una restricción superior a la necesaria para lograr el fin

⁴⁹⁰ EVANS ESPINEIRA (2007) también considera que ha habido aquí un importante cambio jurisprudencial.

⁴⁹¹ No obstante mantener esta afirmación, me parece interesante hacer notar que la idea de una protección incluso frente al legislador existía *in nuce* ya en el siglo XIX, en nuestro país. Se distingue con claridad en el siguiente párrafo de Huneeus: “La Constitución de un país bien organizado debe evitar tales extremos, y, para ello, debe asegurar, lo que es muy diverso a conceder, a todos los habitantes del estado, sean nacionales o extranjeros, sin distinción alguna, todos aquellos derechos que corresponden al ser racional por el hecho de serlo; cuidando de señalar ella misma los únicos casos en que es lícito a toda Autoridad, aun al Legislador mismo, poner limitaciones al ejercicio de esos derechos. Así, y sólo así, puede el individuo sentirse libre y feliz en el estado de sociedad, cuando está seguro de que existe cierta barrera que ni aun la Ley puede salvar”, HUNEEUS (1879-1880) vol. I, p. 101. (El destacado es mío).

⁴⁸⁹ Cfr. en el mismo sentido, considerandos 32º a 36º de este fallo.

que motiva la limitación⁴⁹². Se denomina “relativa”, ya que según esta postura no existiría un contenido esencial fijado definitivamente para cada derecho, sino que se obtendría siempre de un análisis de la relación entre medios y fines de la limitación legislativa⁴⁹³. Esta concepción presenta algún grado de proximidad con el principio de proporcionalidad como requisito de la delimitación y regulación de derechos fundamentales.

La concepción absoluta del contenido esencial de un derecho fundamental es precisamente la que establece una conexión con el concepto de garantías institucionales y de instituto, y sostiene la posibilidad de distinguir un núcleo básico que hace identificable a un derecho fundamental como tal. El objeto protegido, desde esta concepción, no es el derecho subjetivo de cada individuo⁴⁹⁴, sino la configuración jurídica del respectivo derecho. De ahí que una persona pueda ser privada de su propiedad sobre una casa, por ejemplo, sin entenderse que se atenta contra el contenido esencial del derecho de propiedad, y, en cambio, pueda estimarse inconstitucional, por atentatoria contra la garantía al contenido esencial, una regulación determinada que cercena algún atributo que se entiende constitutivo del dominio (por ejemplo, el derecho de goce) aun cuando, en el caso concreto (y sólo por vía de experimento mental), ningún titular del derecho de dominio se viese afectado por esa regulación.

Ahora bien: la determinación de cuál es el núcleo o contenido esencial de cada derecho es un problema que en la literatura aparece calificado como de difícil solución. En la sentencia del Tribunal Constitucional Español 11/1981, el fundamento jurídico 8º propone dos caminos complementarios para responder a esta pregunta:

“El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de

un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

*El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*⁴⁹⁵.

Es notable que la evolución nacional sobre protección al contenido esencial haya seguido, en el iter precedente hasta su consagración constitucional (y en parte de su desarrollo constitucional), exactamente el mismo camino que el derecho comparado. Es así como la idea de proteger la esencia del derecho surge justamente con ocasión de la discusión sobre garantía al derecho de propiedad, y más específicamente, frente a las limitaciones y obligaciones que la ley pudiera imponer al dominio, las que no podrían afectar al derecho “en su esencia”⁴⁹⁶. En otras palabras, la misma idea inicial contenida en la teoría de las garantías de instituto. Luego, esta idea se hará extensiva a todos los derechos fundamentales^{497 498}. Posteriormente, y en la conceptualización del contenido esencial, José Luis Cea Egaña parece ubicarse dentro de lo que se ha denominado aquí el concepto relativo, al plegarse a la posición de Stein, señalando que hay lesión a la esencia del derecho por impedimento a su libre ejercicio cuando “...para el titular no hay manera de que pueda realizar lo que el Derecho subjetivo lleva consigo, imposibilidad que resulta de la desproporción entre las restricciones establecidas por el legislador para cumplir los fines de la Constitución, por una parte, y el libre ejercicio de los derechos subjetivos en ella reconocidos, por otra”⁴⁹⁹. El Tribunal Constitucional, evitando entrar en el análisis del concepto de “esencia” del derecho, señala que debe conceptuarse desde el punto de vista del ordenamiento positivo, y recorriendo el

⁴⁹⁵ Citado en MEDINA GUERRERO (1996), pp. 151-152.

⁴⁹⁶ EVANS DE LA CUADRA (1986b), p. 143

⁴⁹⁷ A proposición del comisionado Evans, al que se encomendara la redacción del respectivo precepto, discutido en la sesión Nº 212 de la CENC.

⁴⁹⁸ Con respecto al contenido esencial de cada derecho, ver EVANS DE LA CUADRA (1986) Tomo II, pp. 143-144 y en particular, p. 149.

⁴⁹⁹ CEA EGANA, (1988) p. 296. La referencia es a la obra de Ekkehart Stein, *Derecho Político*, en su edición de 1973.

⁴⁹² MEDINA GUERRERO (1996), p. 147, con referencia a la doctrina del *Bundesgerichtshof* alemán en 1952.

⁴⁹³ *Ibidem*.

⁴⁹⁴ En contra de esta afirmación, según la exposición de Medina Guerrero, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cfr. MEDINA GUERRERO (1996), p. 159.

camino tomado por el Tribunal Constitucional español, adopta los criterios genéricos presentes en la sentencia 11/1981, pero, a diferencia de aquél, no indica bases o criterios para proceder a dicha conceptualización:

*"Mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el "libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".*⁵⁰⁰

3. El principio de proporcionalidad

Este principio, cuyos orígenes Bordalí Salamanca sitúa en el derecho penal⁵⁰¹, y que fuera posteriormente desarrollado en la doctrina del derecho público alemán, examina la relación existente entre una medida de la autoridad, adoptada en el ámbito de sus facultades discrecionales, gravosa para sus destinatarios, y la finalidad perseguida por esa medida. La fundamentación del principio de proporcionalidad se deriva del hecho de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales si no es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa⁵⁰². Estos conceptos cristalizan en el principio de proporcionalidad.

Los componentes del principio de proporcionalidad como parámetro de control de una actuación legislativa son, bajo el supuesto de la legitimidad del fin perseguido: a) la idoneidad; b) la necesidad y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Mientras que en el caso de los actos administrativos, el deber de motivación permite aplicar el principio de proporcionalidad a partir de la finalidad definida legalmente y las consideraciones tenidas en cuenta por la propia administración, la ausencia de un deber de motivación para el legislador conlleva la necesidad de un análisis por parte de la jurisdicción constitucional, que podría denominarse "objetivo", en el sentido que, con prescindencia de la indaga-

⁵⁰⁰ Tribunal Constitucional, rol número 43, sentencia de 24.02.1987.

⁵⁰¹ BORDALÍ SALAMANCA (2003), pp. 64 y ss.

⁵⁰² En este mismo sentido, NARANJO DE LA CRUZ (2000) p. 100. Cuando dentro del fin perseguido se alega la protección de otro derecho fundamental, el principio de proporcionalidad es tratado como parte (o sede) de una operación de ponderación. Cfr. GARCÍA AMADO (2007b), p. 249.

ción de los "motivos" del legislador, se busque establecer la satisfacción de los criterios del test de proporcionalidad por parte de la ley.

a) El principio de idoneidad (o adecuación, como también es llamado), expresa la idea de que el medio elegido (en este caso, la regulación legislativa) ha de ser apto para contribuir al fin perseguido. Esta aptitud no es objeto de graduación a este nivel, por lo tanto, se satisface el principio de idoneidad aun cuando la medida tenga una aptitud muy reducida para contribuir al logro del objetivo perseguido. No satisface el test de proporcionalidad, en palabras de Naranjo de la Cruz, *"la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección o promoción de un bien o derecho constitucionalmente protegido"*.⁵⁰³ Puede dejarse abierta, aquí, la pregunta de si los únicos fines constitucionalmente legítimos son bienes constitucionales u otros derechos fundamentales, o bien si el Estado puede determinar otros fines de acuerdo a la exigencia de promover el bien común del artículo 1º i. IV.

b) El principio de necesidad atiende a la relación entre medios empleados y fines perseguidos. Una medida legislativa no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa. *"En la medida en que los derechos fundamentales son limitados con una intensidad mayor que la que exige el fin constitucionalmente protegido de la restricción, dicha limitación, en lo que tiene de exceso, resulta injustificada, y, por lo tanto, inconstitucional"*⁵⁰⁴. Constituye, sí, un problema mayor, la necesaria valoración que debe hacerse, a nivel del órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad, entre la medida sometida a control, y las posibles alternativas a considerar, cuestión que puede ser parcialmente resuelta en el examen de la proporcionalidad de la medida, considerada en sentido estricto.

c) El examen de la proporcionalidad en sentido estricto tiende a establecer, en concreto, si el grado en que se afecta un derecho fundamental se encuentra justificado por el fin perseguido, o, como dice Naranjo *"...el principio de proporcionalidad en sentido estricto intenta determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés que se trata de proteger"*⁵⁰⁵.

En nuestra Constitución existen diversos puntos de apoyo para sostener la consagración normativa del principio de proporcionalidad. En primer lugar, la definición del Estado al servicio de la persona, lo que implica un principio

⁵⁰³ NARANJO DE LA CRUZ (2000), p. 103.

⁵⁰⁴ NARANJO DE LA CRUZ (2000), p. 104.

⁵⁰⁵ NARANJO DE LA CRUZ (2000), pp. 108-109.

general de limitación para las cargas que las autoridades puedan imponer a los particulares

En segundo lugar, y al menos en lo que se estime corresponde al ámbito de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el principio de proporcionalidad se funda en el deber de promoción de esos derechos, prevista por el artículo 5º i. II CPR. En efecto, si el Estado no sólo debe respetar, sino promover dichos derechos, resulta indiscutible la necesidad de incorporar este deber de promoción, como elemento normativo, en su consideración de medios y fines. La citada disposición constituye el deber de promoción como un fin dentro de toda actividad estatal, de tal modo que, al disponer de sus medios, el Estado no puede sino elegir aquellos que provoquen el menor menoscabo a los derechos, de tal forma de cumplir con dicho imperativo.

En tercer lugar se encuentra la proscripción general de la arbitrariedad que se desprende tanto del artículo 1º i. IV como del artículo 19 Nº 2 y, en términos generales, de la regla del artículo 20.

Por último, y aunque hoy derogada, era relevante el precepto contemplado con ocasión de la regulación de los estados de excepción constitucional, antes de la reforma del año 2005, en cuanto sustraja, del conocimiento de los tribunales de justicia, la calificación de los fundamentos y las circunstancias de hecho de las medidas adoptadas en ejercicio de las facultades excepcionales. De ello se desprendería con claridad que, en el sistema de normalidad establecido por la Constitución, esta calificación de fundamentos y hechos correspondía a estos tribunales, abriendo de este modo la puerta precisamente al objeto central del control de la proporcionalidad de una medida. Podría argumentarse, sí, que esta conclusión sólo es aplicable a su ámbito de jurisdicción (de los tribunales de justicia) y dejaría afuera, en cambio, a las atribuciones del Tribunal Constitucional, en cuanto este no es considerado un tribunal de justicia; sin embargo, con la inclusión de la acción prevista por el artículo 93 i. I Nº 6, esta afirmación se torna prácticamente irrelevante respecto del examen de medidas legislativas.

El Tribunal Constitucional ha acogido de manera decidida la posibilidad de un control de proporcionalidad⁵⁰⁶, calificándolo ocasionalmente como parte del

juicio de razonabilidad. Sin embargo es necesario mencionar que en este punto el criterio del Tribunal no es del todo coherente. Se afirma esto ya que el Tribunal rechaza sistemáticamente la posibilidad de ejercer un control de mérito del precepto legal sometido a su conocimiento. En otros casos, sin embargo, admite la introducción de estándares de prudencia en el control. Esta postura se observa en un fallo de 1987, donde el Tribunal Constitucional expresaba: “...la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho constitucional en estudio, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata... (...)... al Tribunal Constitucional sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad sobre la ley orgánica y no emitir juicios de mérito sobre ella”⁵⁰⁷. En el mismo fallo, el Tribunal alude a elementos de prudencia y razonabilidad en el actuar legislativo que parecen constituir una suerte de reserva de las posibilidades de control (“La ley, al establecer estos requisitos, ha obrado dentro de límites razonables...”), de tal modo que un actuar que transgrediese la prudencia o límites de razonabilidad expresados por el Tribunal pudiesen dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad. Pues bien, los elementos del principio de proporcionalidad, al menos en sus dos primeras etapas (examen de idoneidad o adecuación, examen de necesidad) no son otra cosa sino aspectos concretos de un examen de racionalidad del respectivo acto legislativo, mientras que el tercero comparte la estructura de un criterio de prudencia que, en una medida importante, se construye sobre apreciaciones de mérito u oportunidad.

⁵⁰⁶ “Que así las cosas, una orden de arresto determinada puede o no pugnar con la Carta Fundamental en la medida que ella inobserve o, por el contrario, cumpla con todos y cada uno de los requisitos y medidas ya señaladas, debiendo decretarse, en todo caso, con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir. Reiterando nuestra jurisprudencia constitucional anterior (sentencia en rol Nº 226, cons. 47º, y sentencia en rol Nº 280, cons. 29º), una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuen-

Continuación nota ⁵⁰⁶

temente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales.”, rol Nº 519, cons. 19º. También en roles Nº 541 (cons. 15º, 16º), rol Nº 546 (consideraciones 13 y 14 de los ministros que estuvieron por acoger el recurso) rol Nº 790 (cons. 27º).

⁵⁰⁷ Sentencia en rol Nº 43, considerando 22.

DERECHOS FUNDAMENTALES

§ 65. CONCEPTO

Se habla de colisión o choque de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental. La colisión es correlativa a la idea de los derechos de terceros como límite de los derechos fundamentales. Si bien el tema es un tópico frecuentemente tratado en el estudio de los derechos fundamentales, la existencia de verdaderas colisiones entre derechos fundamentales no es una cuestión pacífica; la posición al respecto es dependiente de la concepción que se tenga de la estructura de los derechos fundamentales y, precisamente, de sus límites. Es así como el estudio de la colisión de derechos fundamentales debe comenzar por precisar su concepto, estableciendo su diferencia con otras figuras (v.gr. con la concurrencia de derechos), para luego evaluar si se justifica la introducción de esta figura en el manejo dogmático de los derechos fundamentales, las fórmulas de solución propuestas por aquellos que aceptan la existencia de conflictos de derechos fundamentales, por aquellos que la rechazan, y las posibilidades de manejo de este problema a partir de los preceptos de nuestra Constitución.

No existe consenso sobre el modo de expresar la colisión de derechos, si bien los diferentes autores parecen compartir una misma noción de fondo. En una noción muy amplia, podría hablarse de colisión de derechos cuando el ejercicio de un derecho fundamental lesione, o ponga en peligro de lesión, el derecho de un tercero⁵⁰⁸. Algo más precisa es la noción de C. Autexier: “*existe colisión de*

⁵⁰⁸ PECES-BARBA (1999), p. 594, sin mencionar la expresión “colisión de derechos”, pero mencionando, en relación con la idea citada, la posibilidad de “choque” entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la intimidad, y luego, a “*conflictos entre derechos que situamos con el límite del derecho ajeno*”.

*derechos fundamentales allí donde dos sujetos de derechos poseen/ejercen derechos fundamentales no compatibles*⁵⁰⁹. Stern, por su parte, señala que existe una colisión (en sentido propio, *echte Grundrechtskollision*) allí donde el titular de un derecho fundamental, al asumirlo, choca contra una posición iusfundamental de otro titular⁵¹⁰. En un sentido más amplio, se incluye dentro de la colisión de derechos fundamentales no sólo el enfrentamiento entre derechos fundamentales de dos o más titulares, sino también entre el derecho fundamental de un titular y un principio constitucional⁵¹¹ (colisión impropia, por ejemplo, entre el derecho de la libertad individual y la procedencia de la prisión preventiva).

La idea que subyace al concepto de colisión en sentido propio me parece, entonces, queda bien reflejada en la forma en que se expresa al inicio de este acápite: se habla de colisión de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental. Desde de un punto de vista normativo, ello implica un conflicto entre dos o más reglas de derecho fundamental, aplicables a un caso, y que conducen a resultados distintos, que se excluyen recíprocamente.

Esta precisión es necesaria para diferenciar, de entrada, la figura de la colisión de derechos de aquella que se denomina concurrencia de derechos, consistente en el alegato por parte de un sujeto de una lesión, por un mismo acto o conducta, de dos o más de sus derechos fundamentales. El efecto jurídico es el resultado de la elección del precepto o preceptos que se estiman aplicables, por un principio de especificidad en relación a la hipótesis de hecho, mas no por un enfrentamiento normativo. En la colisión, en cambio, las posiciones de dos o más titulares de derechos fundamentales, se enfrentan de tal modo que el resultado adjudicado a uno (o unos) va a implicar negación o rechazo de la protección o amparo defendido por el otro (u otros).

Esta característica de la colisión, en el sentido de establecer un punto a partir del cual se excluye la protección a un derecho para ceder el paso a otro, ha hecho

⁵⁰⁹ "Il y a collision des droits fondamentaux lorsque deux sujets de droits disposent de droits fondamentaux non compatibles" Autexier, Christian, citado por FAVOREAU (2002b), p. 159.

⁵¹⁰ "Echte Grundrechtskollisionen sind dadurch gekennzeichnet, daß ein Grundrechtsberechtigter bei der Wahrnehmung eines Grundrechts auf Grundrechtspositionen eines anderen Berechtigten stößt", STERN (1994), p. 629.

⁵¹¹ STERN (1994) p.... FAVOREAU (2002b), p. 159 ("À diverses reprises le Conseil constitutionnel, comme les autres juridictions constitutionnelles, a eu à tenir compte de ce qu'il appelle tantôt les «fins d'intérêt général» tantôt les «objectifs de valeur constitutionnelle», pour définir la protection à accorder à des droits fondamentaux entrant en «collision» avec ces intérêts ou objectifs"; la misma idea en DE OTTO Y PARDO (1988), p. 135 (colisión entre derechos o entre derechos y bienes).

ver a la mayoría de los autores la cuestión de la colisión de los derechos como un caso especial dentro de la temática general de los límites (o de la delimitación) de los derechos fundamentales. Suelen también aparecer relacionadas con el tema de la colisión de derechos reflexiones sobre la noción de abuso del derecho fundamental (o el requisito de su ejercicio de buena fe) y sobre la noción de renuncia al derecho fundamental.

§ 66. DOCTRINA NACIONAL

El estado de la cuestión en la doctrina nacional es bastante precario. José Ignacio Martínez Estay dedica en 1997 un apartado al problema de los límites de los derechos y el problema de los "conflictos", "colisiones" o "choques" de derechos, adscribiendo a la postura, a tratar más adelante, de que por tener cada derecho o libertad su propio límite, que permite diferenciarlo de otros derechos y libertades, en principio no deberían existir estos choques o conflictos⁵¹². Todo se reduciría a efectuar una adecuada labor de delimitación de cada derecho por la vía del sentido común, la descripción del respectivo derecho por el constituyente y el legislador, y teniendo presente que los fundamentos de los derechos están por encima de éstos⁵¹³. En las actas de las XXIX Jornadas de Derecho Público parece reconocer, sin embargo, una posibilidad de lo que aquí se ha denominado colisión de derechos al aceptar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la posibilidad de atacar directamente las actuaciones de particulares cuando conllevan una infracción a los derechos fundamentales⁵¹⁴. Si esas infracciones resultan de una libertad o derechos amparados constitucionalmente, la afirmación de Martínez Estay conduce necesariamente a la aceptación, como posible, de la colisión de derechos fundamentales.

La postura de José Luis Cea Egaña afirma la existencia de colisiones o conflictos entre derechos, señalando que "*en la práctica y no únicamente en teoría, es imperativo reconocer que existen conflictos o colisiones en el ejercicio de dos o más de ellos*"⁵¹⁵, aun cuando debe examinarse primero si se trata de una verdadera colisión: "*Planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble*"⁵¹⁶. Como fórmula de solución para aquellas colisiones que no se de-

⁵¹² MARTÍNEZ ESTAY (1997), p. 371.

⁵¹³ MARTÍNEZ ESTAY (1997), p. 373.

⁵¹⁴ MARTÍNEZ ESTAY (1998), p. 63.

⁵¹⁵ CEA EGAÑA (1999), p. 172.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

muestren aparentes, sostiene que debe aceptarse la idea de jerarquía o gradación de derechos, sobre la base de una distinción entre ciertos derechos que tendrían el carácter de *más nucleares*⁵¹⁷, configurativos de la personalidad, y otros que denomina *derechos corticales*. Termina sosteniendo que esta jerarquía corresponde a la secuencia u orden en que aparecen los derechos en el artículo 19 de nuestra Constitución, citando para ello pasajes de las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución.⁵¹⁸

Emilio Pfeffer Urquiaga, en esas mismas jornadas, propone criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos, dando esta colisión por posibilidad supuesta y sin entrar a analizarla⁵¹⁹. Una posición similar puede encontrarse en Humberto Nogueira Alcalá a propósito de la libertad de expresión e información y el respeto de la honra y la vida privada de las personas, en el acápite "*Consideraciones sobre la colisión de derechos y su resolución en derechos de los derechos humanos interno e internacional...*" de su libro "*El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites (Honra y vida privada)*"⁵²⁰. En su obra *Dogmática Constitucional*⁵²¹, el tratamiento de las colisiones de derechos se encuentra implícito, a mi juicio, en dos afirmaciones: la que sostiene el carácter *erga omnes* o de aplicación general de los derechos fundamentales, que haría cualquier infracción a los derechos constitucionales *per se* inconstitucional e ilegítima⁵²², y la afirmación de que los derechos que ejerce cada individuo tienen como límite el respeto al ejercicio de los derechos de los demás miembros de la comunidad⁵²³, planteando un ejemplo que claramente puede calificarse como colisión de derechos ("*el derecho de reunión se torna ilícito cuando se vulneran o perturban otros derechos*")⁵²⁴.

Por su parte, en un artículo de 2001, Pablo Ruiz-Tagle Vial hace una afirmación importante en materia de colisión de derechos fundamentales, al señalar que "*Esa anulación o privación de eficacia* (de un precepto de la Constitución, E.A.) *es precisamente el efecto que se produce con las concepciones que se basan en la intuición y/o que establecen órdenes rígidos o jerarquías que suponen de aplicación total o abso-*

luta para la resolución de todos los conflictos de derechos"⁵²⁵. El mismo autor menciona un fallo que adopta esta nomenclatura al señalar que "*...en la especie existe una aparente colisión de derechos entre la libertad de informar... y el derecho a la honra...*"⁵²⁶. Fallo importante también porque, junto con aceptar la terminología relativa a colisiones, razona a partir de la solución de la colisión a nivel subconstitucional, propuesta más abajo.

§ 67. SOLUCIÓN EN CASO DE COLISIÓN: JERARQUIZACIÓN Y PONDERACIÓN

La tesis que acepta la posibilidad de colisión de derechos parte de la idea de que se puede producir una contradicción entre la protección otorgada a los derechos fundamentales de dos o más titulares, de tal modo que, en estos casos, uno debe prevalecer, mientras que el otro queda desplazado⁵²⁷. En estos términos, la cuestión fundamental es encontrar un criterio o fórmula que permita establecer la prevalencia de unos derechos por sobre otros. Para ello se han propuesto diversas alternativas:

a) la idea de un orden de prelación o jerarquía, determinable en abstracto, entre los diferentes derechos, la que, según diversos autores, encontraría un parentesco con la doctrina de los *preferred rights* de origen norteamericano. Aquí se ubican las concepciones que Ruiz-Tagle denomina intuitivas, a cuya cabeza debemos situar los postulados de Cea Egaña. En el listado propuesto por Pfeffer, se identifica en esta categoría el argumento de preferencia que debe dársele a aquellos derechos fundamentales que no sean renunciables para su titular (en especial, por estar asegurados en resguardo de la dignidad personal); a aquellos que posibilitan la realización de otros que devienen en posteriores y, por tanto, menos importantes que los primeros; a aquellos que cuentan con un positivo "índice de garantía", reconocible a partir de la garantía otorgada vía recurso de protección; a aquellos cuya pérdida o supresión impacte en el ámbito institucional de modo más relevante; a aquellos derechos "fines" en relación a los derechos "medios" para lograr esos fines y, por último, la preferencia que debe darse a aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana;

b) la idea de ponderación de derechos en el caso concreto (*balacing test*), postura que implica que serán las circunstancias del caso las que aportarán los elementos determinantes de la preferencia que deba darse a un derecho por sobre

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ CEA EGANA (1999), pp. 173, 174.

⁵¹⁹ PFEFFER URQUIAGA, (1998), pp. 225 227.

⁵²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 160.

⁵²¹ NOGUEIRA ALCALÁ (1997).

⁵²² NOGUEIRA ALCALÁ (1997), p. 133.

⁵²³ NOGUEIRA ALCALÁ (1997), p. 282.

⁵²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ (1997), p. 283, con antecedentes en SILVA BASCUÑAN (1963), p. 207.

⁵²⁵ RUIZ-TAGLE VIAL (2001), p. 189.

⁵²⁶ *Ibidem*.

⁵²⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE (1997), p. 127.

otro, pero sólo en ese caso. La posibilidad de resolver la colisión de derechos por la vía de la ponderación se encuentra íntimamente vinculada a una concepción de derechos como principios, y es propuesta por Alexy en 1993, con referencias al pensamiento de Dworkin⁵²⁸. Sintetizando esta operación, Moreso explica: “*Cuando dos principios entran en colisión... uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez*”⁵²⁹. Nogueira en uno de sus trabajos⁵³⁰, parece adscribir a esta categoría, si bien en su obra más reciente⁵³¹ se inclina por la postura que sigue;

c) la idea de armonización, concordancia práctica (K. Hesse)⁵³² o del equilibrio adecuado. Para esta postura, no se busca encontrar el criterio que permita a un derecho primar por sobre el otro, ni aun en el caso concreto, sino que debe buscarse una solución que permita lograr un óptimo de protección para los derechos que se enfrentan. “*Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada “ponderación de bienes” o incluso abstracta “ponderación de valores” realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de unidad de la Constitución exige una labor de “optimación”: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen efectividad óptima*”⁵³³. Constituye una de las alternativas mencionadas por Pfeffer⁵³⁴, pero descartada, o que al menos el autor no

⁵²⁸ ALEXY (1993), pp. 89 y ss.

⁵²⁹ MORESO (2007), p. 226.

⁵³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 162: “*Una vez ante los dos derechos fundamentales que colisionan, el tribunal debe realizar una tarea de ponderación para decidir cual de los dos “derechos” tiene mas fuerza desde la perspectiva del bien común*”.

⁵³¹ En NOGUEIRA ALCALÁ (2007), pp. 197 a 200 se puede leer una severa crítica a la idea de jerarquización de derechos, que el autor califica como simple opción subjetiva del intérprete, así como a la idea de ponderación, por la necesidad de establecer un criterio de comparación que no estaría normativamente dado, sino que conduciría a valoraciones “discrecionales e inseguras”.

⁵³² *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 19ª Edición, párrafos (Randnummer) 72, p. 317.

⁵³³ HESSE (1992), pp. 45-46

⁵³⁴ PFEFFER URQUIAGA (1998), p. 225: “*Una primera posición es estimar que todos los derechos que segura la Constitución tienen igual jerarquía y entonces el intérprete final de esta (sic) debe armonizarlos. Lo anterior significa que un derecho constitucional no debe extinguir a otro. Es decir, debe procurarse que medie entre ellos una coexistencia que permita que cada uno sea realizado sin lesionar el ejercicio de otros derechos. Ello en razón de que la interpretación de toda Constitución debe ser orgánica y sistemática, animada de una política de útil equilibrio entre todas sus cláusulas*”.

desarrolla en el trabajo que aquí se ha citado. Debe señalarse, sí, que esta idea de armonización o concordancia práctica puede ser considerada, en sus efectos, una variante de la ponderación, a la que se le suma el elemento teleológico de buscar “la óptima protección” de los derechos en conflicto.

Todas estas alternativas son objeto de una crítica que, en general, puede sintetizarse en dos argumentos. Por una parte, no existen criterios objetivos que permitan establecer una jerarquía entre derechos fundamentales, o bien que permitan justificar la ponderación en un caso concreto, o los elementos utilizados para sostener que, en cada caso, se ha logrado la máxima protección para cada uno de los derechos en colisión. La tesis “numerológica” sostenida por Cea y aparecida en el fallo en el recurso de protección del caso *Martorell* no resulta demostrada en los antecedentes de la C.E.N.C.⁵³⁵ ni soporta mayor justificación dogmática. Por otro lado, por regla general no existen, en los respectivos ordenamientos constitucionales para los cuales se han propuesto estas vías de solución, puntos que permitan fundarlas positivamente⁵³⁶. Y esto es relevante, ya que sea cual sea la fórmula de solución para reales o aparentes colisiones de derechos, o la posición que se adopte al respecto (teoría de los límites inmanentes, teoría que admite la posibilidad de una real colisión de derechos), ella no puede consistir en una mera elucubración teórica sino que, a fin de cumplir una función dogmática, deberá construirse a partir de elementos del propio ordenamiento constitucional. En nuestra Constitución no existe disposición alguna, hasta donde se observa, que permita sostener la existencia de una jerarquía u orden de rango entre derechos constitucionales y que, por lo tanto, llegue a justificar alguna de las propuestas de Cea o Pfeffer; tampoco, puntos de apoyo para las alternativas de ponderación o concordancia práctica.

Para el constitucionalismo clásico, y más específicamente para el constituyente revolucionario francés de 1791, la cuestión encontraba una clara solución en el artículo 4 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789: “*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otros; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada otro hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de*

⁵³⁵ Efectivamente pueden encontrarse afirmaciones, en dichas actas, que expresan, por parte de algunos comisionados, esta idea; pero también existen opiniones contrarias a esta postura y, en definitiva, no fue objeto de acuerdo el que el orden numérico del artículo 19 implicase consecuencias normativas.

⁵³⁶ GARCÍA AMADO (2007b) demuestra cómo la ponderación implica admitir que el juez introduzca en su razonamiento una opción (no expresada) por criterios que carecen de fundamento positivo y que son en definitiva determinantes para la decisión.

los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”⁵³⁷. De esta forma, el límite entre los derechos naturales del hombre (los que llamaríamos, hoy, fundamentales) se encuentra encomendado a la ley. ¿Y qué sucede si la ley no se ha manifestado estableciendo un límite? La *Declaración* señala a continuación, en su artículo 5: “La ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena”⁵³⁸. Por lo tanto, de acuerdo al Constitucionalismo clásico, no existe la posibilidad de que el juez, vía jerarquización, ponderación, concordancia práctica o determinación vía interpretación de los límites inmanentes de un derecho, establezca un límite al ejercicio de otro derecho (al menos de aquellos que puedan estimarse derechos de libertad) si no es la ley la que ha trazado, de manera anticipada, una línea divisoria. Es preciso señalar, si, que la *Declaración* se mueve en un espacio de confianza en el legislador muy diferente al que va a darse a partir del siglo XX, donde los derechos fundamentales van a ser objeto de una reforzada protección, precisamente frente a un legislador respecto del cual se comienza a desconfiar, discretamente al principio, declaradamente después, con la generalización de las jurisdicciones constitucionales especializadas en las constituciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial.

§ 68. DISCUSIÓN SOBRE LA POSIBILIDAD DE COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Respecto de la colisión de derechos fundamentales existen dos posturas antitéticas. Una de ellas niega la posibilidad conceptual de colisión de los derechos; la otra, la acepta.

Una de las teorías que niega la posibilidad de existencia de colisión de derechos, a nivel conceptual, se funda en la premisa que, reconociendo cada derecho fundamental un límite inmanente en los derechos de los demás, su contenido propio ya se encuentra, por definición, delimitado por los derechos de otros, de tal manera que si se llegara a producir una colisión, ella sólo podría existir, conceptualmente, cuando el titular de un derecho fundamental intenta amparar su actuar más allá de los límites inmanentes de su derecho fundamental. Esta teoría

de los límites inmanentes es sostenida, entre otros, por Ignacio de Otto y Pardo, quien expresa: “...en realidad, el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en las que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura derechos fundamentales”⁵³⁹. Otro autor que sigue esta misma línea es Martínez-Pujalte quien, fundado en la comprensión de los derechos a partir de su contenido esencial, señala que debe procederse a una delimitación del ámbito de cada derecho de tal suerte que excluya toda intersección con el ámbito de los restantes derechos “...lo que excluye la posibilidad de un auténtico conflicto, pues los ámbitos respectivos de los diferentes derechos no presentan ninguna zona de coincidencia. Utilizando la terminología propia de la teoría de los conjuntos, podría decirse que, para la teoría tradicional, los derechos representan conjuntos secantes, de modo que existe un espacio de intersección entre ellos, que es justamente el espacio en el que se producen los conflictos. En la interpretación que propongo, entre los dos conjuntos no habría ningún campo de intersección, luego, los conflictos desaparecen”⁵⁴⁰.

Hay que precisar que, aun cuando se aceptasen los postulados de este enfoque, es la precisa determinación de ese límite para el caso concreto la que puede constituir el conflicto o controversia que se suscite procesalmente, como un caso de choque o colisión de derechos. En este sentido, entonces, no cabría hablar de colisión como una posibilidad teórica de intersección de los ámbitos protegidos (en los términos de Martínez-Pujalte) sino como pretensiones encontradas, en sede procesal, por parte de cada titular, para extender al máximo el ámbito protegido de su derecho frente a la delimitación que, a su respecto, impliquen los demás derechos. De esto se desprendería que el modelo teórico de negación de las colisiones sólo implicaría en términos prácticos una propuesta metodológica para el juzgador enfrentado a demandas de tutela en sentidos recíprocamente excluyentes por parte de distintos titulares de derechos, cuestión que, por lo demás, acepta expresamente Martínez-Pujalte⁵⁴¹ precisando que, al hablar de conflictos de derechos no hablamos de auténticos conflictos de derechos, sino de “pretensiones contrapuestas de los sujetos que invocan sus derechos” y propone: “el proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente... sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos,

⁵³⁷ “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi”.

⁵³⁸ “La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas”.

⁵³⁹ DE OTTO Y PARDO (1988), p. 135.

⁵⁴⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE (1997), p. 133.

⁵⁴¹ MARTÍNEZ-PUJALTE (1997), p. 134.

*para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho*⁵⁴².

Otra alternativa para negar la colisión de derechos como conceptualmente posible resulta de considerar el concepto de derecho fundamental, y la función normativa que cumple. Como se ha desarrollado en § 59, la mayoría de los derechos fundamentales consisten en protección a ciertos ámbitos de libertad, a partir del reconocimiento a un derecho de libertad general, gran parte de cuya extensión puede no estar provista de tutela fundamental. Visto así, lo que un individuo ejerce es siempre su libertad (o bien los derechos configurados por el ordenamiento jurídico), pero no su “derecho fundamental” a una libertad protegida. La sustancia del ejercicio de una libertad es siempre la libertad, sin apellidos, sin perjuicio de que, para el caso concreto, ella se encuentre amparada como una libertad fundamental en el ordenamiento jurídico. Siendo sí, lo que colisiona nunca son derechos fundamentales, sino solamente, ejercicio de la libertad de uno en desmedro de una libertad o derecho garantizado a otro. La pregunta de si un derecho fundamental protege contra este ejercicio se resuelve entonces en la pregunta sobre el ámbito de libertad jurídica protegida por el respectivo derecho, o dicho de otro modo, sobre la extensión en que puede ser ejercida una libertad sin encontrar una norma o un precepto que la limite. Como ese límite lo fija el derecho, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional, por cuanto el enfrentamiento entre derechos fundamentales significa, desde el punto de vista normativo constitucional, sólo una cosa: la existencia de dos ámbitos de libertad jurídica igualmente protegidos.

La solución del conflicto entre particulares por vía de ponderación entre los dos derechos fundamentales en conflicto no sólo oculta esta cuestión, sino que la enturbia. La oculta en la medida en que, a través de la ponderación, el órgano jurisdiccional se evita la cuestión mucho más compleja de determinar si el ejercicio de los derechos en colisión reconoce algún límite o solución en el ordenamiento jurídico⁵⁴³. La enturbia, en cuanto la ponderación siempre tiene que lle-

gar a una consecuencia difícilmente sustentable, a saber: que respecto de su protección, en un caso, un derecho fundamental es, por así decirlo, *más fundamental* que otro. En términos jurídicos, una decisión de este tipo debería aportar algún elemento normativo para justificar la reducción del ámbito protegido del derecho en cuyo perjuicio se decide; sin embargo, la idea de ponderación no lo hace, por lo que puede decirse que lleva siempre e irremediamente a una valoración moral, pero no de derecho, de los elementos que llevan a preferir un derecho respecto de otro⁵⁴⁴.

En definitiva, aparece como mucho más congruente, desde un punto de vista dogmático, considerar el conflicto entre particulares que alegan derechos fundamentales, como lo que simplemente es: un conflicto entre el ejercicio de la libertad de un individuo y la libertad o derecho de otro, que debe ser resuelto a partir de los límites que entre uno y otro sea capaz de trazar el juez a partir del ordenamiento jurídico vigente, sin sustituirlo por una operación de ponderación entre derechos, o, al menos, no como ponderación a nivel de derechos fundamentales.

Esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 5º i.II, precepto que lleva a reflexionar sobre el concepto y función de los derechos fundamentales, y si éstos no tendrán su lugar propio en la relación autoridad-libertad individual, y no en los choques entre libertades individuales, por la diferencia esencial existente entre ambas. Si fuese así se podría sostener que, obviamente, la libertad de los individuos puede entrar en conflicto (incluso aquella parte de la libertad amparada “bajo” las respectivas protecciones iusfundamentales), pero que no chocan “en cuanto” fundamentales; una razón para negar la colisión de derechos fundamentales desde una perspectiva distinta a la planteada por la teoría de los límites immanentes.

Por último, puede traerse en apoyo de esta postura dos elementos en la redacción del artículo 20. Por una parte, la protección ofrecida por este artículo no lo es al titular de un derecho en general, sino al que alega *ejercicio legítimo* de uno de los derechos y garantías señalados, siendo el objeto de la acción y de la actuación del tribunal el *restablecimiento del imperio del derecho*. Pues bien, sólo tendría sentido esta dupla –legítimo ejercicio/imperio del derecho– si entendemos que existe una regulación jurídica de carácter general y previa que permite apreciar la juridicidad (legitimidad) del actuar de quien ejerce el derecho afectado, y que igual cosa existirá para el origen, en la libertad de un individuo o en el ejercicio de un derecho, del acto u omisión recurridos. Y si lo ejercido es un derecho o liber-

⁵⁴² MARTÍNEZ-PUJALTE (1997), p. 135.

⁵⁴³ Y, consecuentemente, el tribunal se ahorra la necesidad de recurrir a una argumentación jurídica más elaborada a partir de los principios informadores de las respectivas ramas del derecho. Donde antes la ausencia de regulación claramente aplicable en virtud de ley expresa implicaba para el juez la tarea de una construcción interpretativa más sofisticada, o de un fallo fundado en fuentes no positivas (por el principio de inexcusabilidad) el asunto se puede resolver ahora con tres elementos: los dos preceptos de derechos fundamentales en colisión y una argumentación más o menos libre sobre las razones de la ponderación del caso. Cfr. GARCÍA AMADO (2007b).

⁵⁴⁴ Sobre las consecuencias de esta forma de proceder para el sistema constitucional y democrático, cfr. ALDUNATE LIZANA (2003).

tad amparado en la Constitución, contra otro derecho en la misma condición, en ninguno de los casos la solución podrá encontrarse a nivel constitucional, ya que ello significaría intervención judicial adjudicatoria para el caso (ya que, en cuanto personas, las dos partes gozarán de la respectiva protección constitucional), intervención que queda descartada por la idea de *restablecimiento* del imperio del derecho (y no adjudicación o creación de una nueva situación jurídica). Con lo que la respuesta necesariamente debería buscarse en el orden regulado bajo la Constitución. Y si no hubiese respuesta en este orden, ello no significa dejar al afectado en la indefensión, sino solamente negar la protección constitucional y remitirlo a la tutela ordinaria en la cual el juez deberá completar la correspondiente laguna, no a nivel constitucional, sino del ordenamiento legal. En § 66 se aludía a un fallo de primera instancia citado por Ruiz Tagle: continúa la cita “...*colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha salvado de forma expresa mediante la reforma que la Ley 19048 introdujo al artículo 22 de la ley N° 16.643, estableciendo que no se considerarán como hechos relativos a la vida privada de una persona, entre otros...*”. Ésta parece ser una construcción consistente con el marco normativo de nuestra Constitución.