

Manual sobre derechos fundamentales

Teoría general

COLECCIÓN
DERECHO *en* DEMOCRACIA

Lom
PALABRA DE LA LENGUA
YÁMANA QUE SIGNIFICA
Sol

Contreras Vásquez, Pablo (editores).

Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general [texto impreso] / Pablo Contreras Vásquez; Constanza Salgado Muñoz; Fernando Muñoz León; Amaya Álvez Marín; Pablo Marshall Barberán; Domingo Lovera Parmo [et al.]. – 1ª ed. – Santiago: LOM ediciones, 2017.
492 p.: 21,5 x 14 cm. (Colección Derecho en democracia).

ISBN: 978-956-00-1010-0

1. Derechos humanos 2. Derechos civiles I. Título. II. Serie.

Dewey: 342 .– cdd 21

Cutter: C764m

Fuente: Agencia Catalográfica Chilena

© **LOM EDICIONES**

Primera edición, diciembre 2017

Impreso en 1.000 ejemplares

ISBN: 978-956-00-1010-0

Las publicaciones del área de
Derecho en democracia de LOM ediciones
han sido sometidas a referato externo.

EDICIÓN Y COMPOSICIÓN

LOM ediciones. Concha y Toro 23, Santiago.

TELÉFONO: (56-2) 2860 68 00

E-MAIL: lom@lom.cl

WEB: www.lom.cl

DISEÑO DE COLECCIÓN Estudio Navaja

Tipografía: *Karmina*

REGISTRO N°: 111.017

IMPRESO EN LOS TALLERES DE LOM

Miguel de Atero 2888, Quinta Normal

Impreso en Santiago de Chile

Manual sobre derechos fundamentales

Teoría general

Pablo Contreras & Constanza Salgado
Editores



Índice

Introducción | 9

Capítulo I:

Historia de los derechos fundamentales en Chile | 13

FERNANDO MUÑOZ

Capítulo II:

Norma y tipicidad iusfundamental | 55

AMAYA ÁLVEZ

Capítulo III:

Clasificación de los derechos fundamentales | 93

PABLO MARSHALL

Capítulo IV:

Titularidad de los derechos fundamentales | 119

PABLO CONTRERAS

Capítulo V:

Destinatarios de los derechos fundamentales | 161

DOMINGO LOVERA

Capítulo VI:

Límites y restricciones a los derechos fundamentales | 207

CONSTANZA SALGADO

Capítulo VII:

Regulación de los derechos. La reserva de ley | 257

MATÍAS GUILLOFF

Capítulo VIII:

Proporcionalidad y derechos fundamentales | 285

JORGE CONTESSE SINGH

Capítulo IX:

Contenido esencial de los derechos fundamentales | 323

JAIME BASSA Y CHRISTIAN VIERA

Capítulo X:

Renuncia de derechos fundamentales | 349

ERNESTO RIFFO ELGUETA

Capítulo XI:

**Deberes generales de respetar,
proteger y promover derechos fundamentales | 373**

ALBERTO CODDOU

Capítulo XII:

Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales | 403

FELIPE PAREDES

Capítulo XIII:

La interpretación de los derechos fundamentales | 435

JAIME BASSA

Índice temático | 487

Introducción

La presente obra colectiva concentra el trabajo de un grupo de profesoras y profesores de derecho que se encuentra repensando, críticamente, la tradición dominante del derecho constitucional del último cuarto del siglo XX en nuestro país. Esta tradición se desarrolla bajo la Constitución de 1980 y ha reproducido y legitimado irreflexivamente sus instituciones, validando sus credenciales autoritarias. Su doctrina es pasiva y suele recurrir al Diccionario o a las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, con el objeto de fijar el sentido y alcance de los derechos y garantías constitucionales.

Repensar críticamente la tradición dominante es un primer paso en la reconstrucción de una dogmática constitucional democrática. Ello exige avanzar abordando los principales problemas de la disciplina, entre los que destacan la dogmática de derechos fundamentales. Con la irrupción de Cortes y Tribunales con competencia para interpretar la Constitución, se hace imperiosa la necesidad de contar con herramientas o enunciados doctrinales más sofisticados que asistan en la resolución de los conflictos que allí se susciten. Desde el punto de vista histórico, la doctrina sobre derechos fundamentales comienza a desarrollarse a mediados del siglo XX –a nivel internacional y comparado– y hace sólo un par de décadas en Chile. Abordar los principales temas de lo que se denomina *Teoría general de los derechos fundamentales*, es hoy prioritario.

Una teoría general pretende esclarecer los requisitos comunes de aplicación para diversos problemas de derechos fundamentales. El operador jurídico, al enfrentarse a la aplicación de un derecho fundamental en particular, debe resolver distintas cuestiones previas: desde identificar la norma que establece el derecho fundamental hasta determinar los límites del mismo. La literatura especializada, a través de la teoría general, entrega las herramientas básicas para enfrentar el

análisis dogmático de los derechos. En este objetivo, por tanto, no se diferencia radicalmente de la función dogmática de la teoría general del delito o del acto jurídico. Sin embargo, la falta de una densa tradición de teoría general, en materia constitucional, hace dudoso que hoy podamos hablar de su existencia en este ámbito.

El desarrollo de una teoría general es una materia predominantemente ausente en los tratados y manuales de estudio en derecho constitucional. El esfuerzo de este libro busca contribuir en la discusión y el desarrollo de los presupuestos de una teoría de este tipo. Para eso hemos invitado a los autores y autoras de este libro a reconstruir críticamente los enunciados de la dogmática y la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. Ello ha requerido seleccionar las cuestiones centrales de una teoría general de los derechos. Algunas de estas temáticas no han sido abordadas adecuadamente por la tradición dominante, mientras que otras –simplemente– han sido derechamente omitidas.

En el desarrollo de cada uno de los temas de la teoría general, el texto utiliza disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución de 1980. Sin embargo, porque se trata de problemas de una teoría *general*, la sistematización y análisis que se realiza tiene validez con independencia del contenido concreto de los preceptos constitucionales vigentes. Así, incluso ante la posibilidad de una nueva Constitución, los conceptos, presupuestos, teorías y principios aquí analizados, siguen siendo aplicables a un eventual nuevo catálogo de derechos constitucionales.

La primera parte del libro contextualiza los dilemas de la teoría general de los derechos fundamentales. Para ello, el capítulo I revisa la tradición constitucional chilena y sugiere distintas lecturas para comprender el desarrollo del modelo histórico de derechos fundamentales. Fernando Muñoz nos provee de un marco general para situar los derechos en particular. A continuación, Amaya Álvez presenta el problema de la tipicidad iusfundamental y la penumbra en la identificación de las normas que establecen derechos fundamentales. El capítulo II, en consecuencia, analiza los problemas derivados del tipo iusfundamental. El capítulo III, a su vez, revisa una materia que suele repetirse sin examen crítico: la clasificación de los derechos. El ejercicio de taxonomía oculta preferencias y posturas ideológicas que suelen ser disfrazadas de ejercicio dogmático. Sus bases son explicadas por Pablo Marshall, dando cuenta de la función que las tipologías de derechos prestan a ideas sobre el poder.

El capítulo IV aborda la relación jurídica iusfundamental y el sujeto activo del derecho, esto es, el titular de un derecho fundamental. Pablo Contreras presenta los problemas de adscripción de titularidad de derechos a personas y otros entes que gozan de los mismos. La contracara de la titularidad es el destinatario de los derechos fundamentales. Domingo Lovera, en el capítulo V del libro, explica la concepción tradicional de los derechos como barreras frente al poder y de cómo la dogmática nacional ha abrazado rápidamente la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Luego de examinar los sujetos de la relación iusfundamental, el libro avanza a los problemas centrales de la teoría general, respecto del contenido protegido de los derechos fundamentales y las interferencias estatales a los que éstos se ven sometidos. El capítulo VI establece las bases conceptuales para entender los límites a los derechos fundamentales. Constanza Salgado analiza las restricciones a los derechos y las distintas teorías que abordan este problema. Adentrándose en la legitimidad de la intervención estatal, Matías Guilloff revisa el problema de la reserva legal y la colaboración reglamentaria en la regulación de derechos fundamentales. Esta materia ha sido especialmente relevante en la jurisprudencia constitucional chilena, lo que justifica el tratamiento especializado que hace el capítulo VII dentro del contexto general de la teoría de los derechos fundamentales.

Los límites a los límites de los derechos fundamentales cierran esta sección del libro. Dos capítulos se dedican a revisar las instituciones con mayor déficit dogmático en el contexto nacional. En el capítulo VIII, Jorge Contesse desarrolla la conexión entre el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, especialmente, desde el derecho comparado y la doctrina nacional. La ponderación de derechos y la aplicación del test de proporcionalidad –tanto por la jurisprudencia internacional y extranjera, como por la nacional– constituyen uno de los pilares modernos de la teoría de los derechos fundamentales. A continuación, Jaime Bassa y Christian Viera escudriñan quizás una de las piezas más enigmáticas de toda la teoría: el contenido esencial de los derechos. A través de la exposición de las principales propuestas dogmáticas sobre el contenido esencial y, a la vez, aportando ejemplos comparados, el capítulo IX aborda el último bastión de defensa de los derechos fundamentales.

La última parte del libro sistematiza cuestiones que la doctrina dominante no ha logrado internalizar de forma suficiente. El capítulo X presenta un asunto que se extraña en los manuales y tratados de derecho

constitucional: la renuncia de los derechos fundamentales. Ernesto Riffo disecciona conceptualmente este problema y ejemplifica sus alcances y límites. Luego de ello, Alberto Coddou analiza los deberes generales del Estado en materia de derechos fundamentales. Recurriendo al derecho internacional y al derecho comparado, el capítulo XI explica los alcances de los deberes de respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales. En conexión con lo anterior, el capítulo XII, busca complementar la idea de derechos con el concepto de garantía. La delimitación conceptual de ambas piezas, desarrollada por Felipe Paredes, es central para la teoría de los derechos. Finalmente, el libro cierra con una aproximación situada a la interpretación de los derechos fundamentales. Jaime Bassa vuelve sobre esta materia que, por recurrente, es inagotable. El capítulo XIII explora críticamente algunos de los problemas de la interpretación de los derechos en la jurisprudencia y la dogmática chilena.

Estos son los temas que hemos considerado preponderantes en el estudio de una teoría general de los derechos. Ello, por cierto, no excluye otras temáticas relevantes, como podría ser la fundamentación de los derechos fundamentales o la internacionalización de los mismos. Desde distintos enfoques críticos, buscamos aportar a una discusión necesaria para el desarrollo de una teoría general.

Este libro ofrece una colección de capítulos sobre temas relevantes en el ámbito de una teoría general, brindando así las herramientas para una nueva sistematización de contenidos para el mejor estudio y aplicación de las normas jurídicas de derechos fundamentales, conforme a los desafíos actuales de la materia. En esta tarea, hemos trasladado nuestros conocimientos, ejercicios colectivos de análisis y creación, así como la revisión de las diversas tradiciones jurídicas que nos mueven al presente estadio de los derechos fundamentales en nuestro país. Debemos agradecer a los autores y autoras que se sumaron a este proyecto y, especialmente, a Leonardo Ortiz Mesías por su prolija asistencia en la edición de este libro. Esperamos que sea una contribución para la docencia y la construcción de una mejor dogmática de los derechos fundamentales.

PABLO CONTRERAS
CONSTANZA SALGADO

Capítulo I:

Historia de los derechos fundamentales en Chile

Fernando Muñoz*

1. Introducción: La historicidad del fenómeno jurídico

En este capítulo haré algunas reflexiones sobre la historicidad del fenómeno jurídico en general; revisaré el surgimiento de la noción de derechos fundamentales en el marco de las transformaciones que dieron lugar al paradigma jurídico moderno; describiré la apropiación de aquella terminología por parte de nuestras élites, durante la alborada de nuestra independencia; y bosquejaré las transformaciones experimentadas por los derechos fundamentales reconocidos en nuestra institucionalidad a lo largo de diversas etapas de nuestra historia republicana, sugiriendo comprender dichas etapas como distintas fases en la articulación histórica entre fuerzas sociales y políticas.

La historicidad del fenómeno jurídico consiste en el hecho de que el fenómeno jurídico está situado *dentro* de la historia, y por lo tanto está sujeto a la contingencia y transitoriedad que caracteriza a esta dimensión de la condición humana. Hay razones estructurales y circunstanciales que, demasiado a menudo, hacen probable que dicha historicidad sea olvidada. En términos estructurales, el sujeto que mira el fenómeno jurídico tal como se presenta en su época habitualmente tenderá a verlo como algo situado más allá de la historia: como algo «eterno», o «natural», o «predestinado». Circunstancialmente, y según veremos, la tradición jurídica occidental se ha caracterizado precisamente por atribuirle al fenómeno jurídico un sustrato metafísico dotado de tales características, el «derecho natural».

El «soporte» de la historicidad del fenómeno jurídico, el medio en el cual ella se desarrolla en culturas que hacen uso de la escritura, consiste en la interacción entre textos prescriptivos, discursos hermenéuticos y

* Doctor en Derecho, Yale Law School. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile.

contextos sociales¹. Los *textos* en cuestión –leyes, decretos, sentencias, entre otros– contienen mensajes de autoridades políticas cuya intención comunicativa ha sido la de instruir ciertas conductas entre su público destinatario, integrado por todo aquel que esté sometido a la autoridad en cuestión (lo que, en un Estado de Derecho republicano, incluye a la propia autoridad). Los *discursos* en cuestión intentan atribuirle un contenido proposicional a dichos textos; es decir, establecer qué conductas han sido prescritas en ellos. En la tradición jurídica occidental, ocupan un destacado papel en la producción de dichos discursos hermenéuticos ciertos intelectuales –litigantes, asesores, jueces, académicos– que detentan un saber, a menudo certificado oficialmente por instituciones educacionales, sobre las reglas socialmente reconocidas que rigen la producción de afirmaciones hermenéuticas². Pero el rol que aquellos profesionales asumen en la producción de discursos sobre la interpretación de textos prescriptivos no debiera llevarnos a ignorar el que estos discursos son también producidos regularmente por los destinatarios legos de textos prescriptivos que buscan determinar qué ha prescrito la autoridad (incluso en aquellos casos en los que quieran burlar sus prescripciones), así como por los propios titulares del poder político, cuya legitimidad en un Estado de Derecho republicano descansa en gran medida en su capacidad de sustentar su autoridad en algún texto que le precede. Finalmente, constituyen contextos que inciden en la historicidad del fenómeno jurídico una variedad inabarcable de circunstancias institucionales, políticas, sociales, culturales, económicas, tecnológicas, geográficas, entre otras categorías; particularmente, incide en la historicidad del derecho la articulación que prevalece en un momento determinado

-
- 1 La escrituración le permite a lo prescrito independizarse relativamente de la autoridad misma, al tiempo que le proporciona a dicha autoridad una extensión que le ayuda a proyectar su autoridad más allá del ámbito de acción de su presencia física. Pero al proponer la escrituración como una propiedad definitoria del fenómeno jurídico, restringimos la aplicabilidad histórica de este concepto; particularmente, excluimos de nuestro ámbito de estudio a las sociedades donde no ha existido escritura. No puedo abordar aquí, con la detención que merece, el estudio de las similitudes y diferencias que existen entre la regulación de la conducta humana realizada mediante la pura oralidad y aquella que hace uso de la textualidad. Este análisis, sin embargo, es políticamente imprescindible, pues, como ha sugerido Derrida (1971), detrás de la posición privilegiada de la escritura pareciera esconderse el etnocentrismo.
 - 2 Según algunos autores, la tradición jurídica occidental misma comienza con la aparición, a fines del siglo XI y comienzos del siglo XII, de este tipo de profesionales. Véase: Berman (1983) y Brunkhorst (2014).

entre los distintos grupos que componen la sociedad, y que determina qué intereses protegerá de manera preferente la institucionalidad estatal y, de manera complementaria, la sociedad civil. El paso de una articulación a otra, por ejemplo, de un arreglo social en que existe una única y homogénea clase social que hace política, esto es, que es capaz de demandar de parte de la institucionalidad estatal la protección de sus intereses, a un arreglo social en que clases subalternas desarrollen la capacidad de exigir que, sin que su subalternidad desaparezca del todo, algunos de sus intereses sean institucionalmente reconocidos y protegidos, conlleva significativas transformaciones en la organización concreta de lo institucional, al punto que amerita la distinción de distintas fases históricas.

La interacción entre textos que prescriben conductas y discursos que les atribuyen significado, desde luego, ofrece en sí misma amplio espacio para que los contenidos jurídicos experimenten transformaciones. Ya que los textos admiten múltiples interpretaciones —el derecho, se ha dicho, es indeterminado—, las combinaciones entre enunciados que le asignen un contenido proposicional determinado a cada segmento del universo textual normativo se multiplican de manera incontrolable³. Esas combinaciones tan sólo deben respetar reglas immanentes al discurso jurídico que funcionan como *condiciones de posibilidad* al estipular qué interpretaciones y qué combinaciones son formalmente válidas. Desde luego, en ocasiones, consideraciones intrínsecas al discurso jurídico logran cambiar ciertas lecturas de los textos vigentes, generando «desde dentro» algunas transformaciones de los contenidos jurídicos. Pero el

-
- 3 Quisiera sostener que la interpretación de un determinado segmento textual —por ejemplo, de un concepto jurídico, o de una norma que contenga un mandato, una prohibición o un permiso— sólo adquiere significado a la luz de una interpretación implícita del conjunto completo de segmentos al que aquel pertenece. Veo dos razones para sostener esto. La primera, común a todo otro fenómeno semántico y bien explicado respecto al lenguaje por la lingüística saussureana, consiste en que la atribución de significado a un evento discreto depende del entramado total de diferenciaciones que constituyen a un sistema comunicativo. La segunda, específica al fenómeno jurídico, consiste en que todo intérprete jurídico debe ser capaz, en todo momento, de responder a la pregunta de cómo se articula su comprensión de un segmento textual específico con (su comprensión de) cualquier otro segmento perteneciente al mismo sistema. Cualquier jurista reconoce allí la necesidad que lleva al surgimiento de cánones interpretativos tales como las máximas *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, o *lex superior derogat legi inferiori*. No existen, entonces, interpretaciones discretas, locales, circunscritas; toda interpretación es, al menos implícitamente, total, tesis que podríamos caracterizar como holismo epistemológico.

genuino motor del cambio jurídico, la fuerza que impulsa la historicidad del derecho, es el contexto extrajurídico, el cual determina las *condiciones de realidad* del discurso jurídico, aquello que lleva a que algunos discursos que les atribuyen determinados significados a los textos prevalezcan por sobre otros. Por supuesto, el contexto también puede posibilitar, incluso exigir, que las autoridades cambien total o parcialmente los textos prescriptivos, desencadenando así nuevas etapas en la interacción entre textualidad prescriptiva y discurso hermenéutico jurídico.

Por ello, es el contexto lo que permite discernir fases históricas nítidamente diferenciadas entre sí, lo que puede ocurrir incluso cuando ni los textos prescriptivos ni el régimen de condiciones de posibilidad inmanente al discurso jurídico como tal hayan cambiado. La identidad de cada una de estas etapas proviene de la correlación concreta de fuerzas que exista al interior de la sociedad respectiva. La lucha entre grupos sociales concretos por mejorar sus condiciones de vida y enlistar en tal propósito las instituciones que regulan la vida en común, lo cual incluye la traducción de sus intereses concretos al lenguaje jurídico, se libra en un terreno marcado por, por ejemplo, procesos demográficos; continuidades y transformaciones en las relaciones económicas de producción, distribución e intercambio, y luchas conscientes en torno a las mismas; debates morales; cambios tecnológicos; entre otros elementos de la topografía social.

En este capítulo, entenderé por «derecho fundamental» una titularidad que autoriza a su titular a exigir a los poderes públicos que protejan un determinado interés, esto es, un determinado estados de cosas que le resulta valioso al titular en cuestión⁴. Los estados de cosas en cuestión reciben esta protección debido a que grupos humanos concretos, que los consideran particularmente valiosos, han logrado a través de su acción colectiva la institucionalización de su reconocimiento y protección⁵.

- 4 Si bien existen distintas implicancias filosóficas y, por ello, prácticas al hablar de «derechos naturales», «derechos del hombre», o «derechos constitucionales», reduciré el contenido proposicional de todos estos términos a la definición conceptual que aquí ofrezco. Desde una perspectiva, si se quiere, simultáneamente materialista histórica y meta éticamente prescriptivista, podremos decir que lo que en realidad dice quien dice que tiene un derecho natural, por ejemplo, a la libertad de comercio, es que comerciar con mínimas interferencias de parte de la autoridad es un estado de cosas valioso cuyo respeto pretende que sea generalizado de manera institucional.
- 5 Dichas titularidades, en ocasiones, son conceptualizadas de manera explícita como derechos; en otras ocasiones, son entendidas como prestaciones que forman parte de políticas públicas. Aquí ignoraré las diferencias existentes entre ambas formas de proteger estados de cosas.

La historicidad de los derechos fundamentales, así entendidos, se evidencia en la contingencia y transformabilidad de diversos aspectos de los mismos. Por ejemplo, se expresa en la transformación de sus contenidos; esto es, de los estados de cosas considerados valiosos y sobre las cuales se detentan titularidades⁶. También se evidencia en la transformación de sus titulares; es decir, de las categorías de sujetos que detentan la potestad de exigir reconocimiento y protección de parte de la autoridad⁷. Asimismo, se evidencia en la transformación de los medios para exigir tal respeto, los que pueden incluir el mero reproche moral o político de parte de la autoridad, la expectativa de que los poderes públicos empleen la fuerza física para proteger a los titulares contra las amenazas provenientes de otros sujetos, o la expectativa de que los poderes públicos mismos provean directamente la satisfacción del interés en gozar del estado de cosas valioso en cuestión⁸. Por último, otra importante expresión de la historicidad de estas titularidades es que, por mucho que ellas puedan ser expresadas en un lenguaje abstracto, permitiendo que en la textualidad coexistan múltiples y potencialmente contradictorios derechos fundamentales, en la concreción histórica ellas se presentan encarnadas en instituciones concretas que producen jerarquizaciones entre derechos, «catálogos» concretos de derechos que son efectivamente respetados, y que son expresión, según se ha dicho, de las correlaciones de fuerza efectivamente existentes entre los grupos que componen la sociedad.

Quizás la mejor manera de explicar este punto sea a través del análisis que Marx hace de la Constitución francesa de 1848, que establece un régimen político republicano, y que reemplazó a la Constitución monárquica de 1830. Al analizar diversos derechos proclamados por la Constitución francesa —«la libertad personal, de prensa, de palabra, de asociación, de reunión, de enseñanza, de culto, etc.»— observa que «cada una de estas libertades se proclama concretamente como el derecho *incondicional* del ciudadano francés, pero con la invariable glosa al margen de acuerdo con la cual son ilimitadas mientras no sean restringidas por los “*derechos iguales de otros* y por la *seguridad pública*”, o por “leyes” que deben precisamente arbitrar esta armonía

- 6 Sobre las generaciones de derechos, véase el capítulo III, sección 5.
- 7 Sobre los titulares de los derechos fundamentales véase el capítulo IV.
- 8 Sobre los distintos mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos véase el capítulo XII.

de las libertades individuales entre sí y con la seguridad pública»⁹. Continúa observando que «[c]ada artículo de la Constitución incluye específicamente su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad. Por tanto, mientras se respetase el nombre de la libertad y sólo se impidiese su aplicación real y efectiva –por la vía legal, se entiende–, la existencia constitucional de la libertad permanecía íntegra, intacta, por mucho que se asesinasen su existencia común y corriente»¹⁰.

Marx, con este análisis, nos hace ver que lo relevante, desde la perspectiva de quien se preocupa por las condiciones materiales de vida de los integrantes de la sociedad y por la efectiva organización del poder, no es lo que los textos jurídicos *dicen* sino lo que ellos *hacen*, y eso tan sólo lo podemos determinar examinando los contornos de los derechos declarados, la manera en que ellos son articulados con los restantes derechos, así como con sus límites. Por ejemplo, en un ordenamiento constitucional que proclama la propiedad privada pero también señala que ella debe cumplir una función social, ¿qué extensión, por así decirlo, tiene la propiedad privada, y qué extensión tiene dicha función social? La respuesta no estará, desde luego, en el texto constitucional mismo, sino en el contenido de la legislación, en el sentido de la acción administrativa, en la jurisprudencia de los tribunales, y en la propia mentalidad de los sujetos que internalizan aquello que entienden que las autoridades respectivas comprenden como ubicado dentro del legítimo ejercicio de la propiedad privada y aquello que entienden que queda excluido debido a estar exigido por la función social de la propiedad.

Según he anunciado, este trabajo ofrece una breve panorámica sobre la historia de los derechos fundamentales en Chile; una exposición adecuada de este fenómeno requeriría de una extensión mayor que la presente. Comenzaré estudiando el proceso mediante el cual nuestras élites e instituciones adoptaron como propia una cierta forma de hablar de ciertas titularidades sobre estados de cosas valiosos y, en consecuencia, de pensar en ellas y de imaginar sus implicancias. A continuación, distinguiré dentro de nuestra historia jurídica ciertos períodos o etapas en función de las distintas constelaciones de titularidades que cada uno de ellos contiene, reflejo a su vez de distintas

9 Marx (2015), p. 60.

10 Ibid., p. 60.

correlaciones sociales de fuerzas¹¹. Un examen plenamente logrado de cada una de estas etapas, por cierto, requeriría contextualizarlas en el marco de los procesos históricos de constitución y desintegración de las fuerzas sociales que le dan a cada una de ellas su identidad, así como de las luchas mediante las cuales dichas fuerzas construyeron las instituciones que juridificaron sus respectivos intereses y, en algunos casos, destruyeron las instituciones que protegían los intereses de sus rivales de clase. Esto significaría hablar del proceso de constitución política de la burguesía nacional en el tránsito de la independencia hacia la república autoritaria; del proceso de emergencia de la clase trabajadora y de las clases medias en el paso del siglo XIX al XX, y de sus luchas para encontrar un asiento en la mesa del poder; y de la guerra de clase desatada por la burguesía a partir de la reforma agraria, y que terminó llevando a la dictadura militar y la profunda reorganización de la sociedad durante la misma, consagrando una vez más a la clase propietaria como el único actor social políticamente relevante durante las últimas cuatro décadas. La extensión de este trabajo impide acometer esta tarea, que deberá ser dejada para una próxima oportunidad.

A fin de ofrecer al lector una panorámica relativamente ordenada, en el estudio de estas sucesivas articulaciones he resuelto aglutinar las titularidades examinadas en torno a tres amplias categorías de estados de cosas valiosos: la posibilidad de participar en el gobierno de la comunidad; la posibilidad de disfrutar de la riqueza material socialmente producida; y la posibilidad de construir la propia identidad y disfrutar del reconocimiento de otros¹². De manera más resumida, hablaré de participación, bienestar, y reconocimiento. Este enfoque me permitirá apuntar como relevantes, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, numerosos desarrollos que habitualmente son considerados como pertenecientes a la historia institucional.

11 Aprovecharé el hecho de que este texto forma parte de un trabajo colectivo para abstenerme de examinar el período histórico presente, el cual se inaugura con la instalación del Congreso Nacional y del Ejecutivo el 11 de marzo de 1981, y sobre el cual debiera entenderse que se explayan las demás contribuciones a este libro.

12 Para una justificación de esta tripartición, véase Fraser (2009), pp. 16-21.

2. La apropiación criolla del lenguaje de los derechos

La geología nos ofrece una metáfora fructífera a efectos de comprender la complejidad de los procesos históricos. Por debajo de la superficie visible, que en esta metáfora equivale al presente, se encuentran diversos estratos geológicos, relativamente definidos; ellos nos permiten conocer la realidad de presentes ya transcurridos, de momentos pasados. Estas corresponderían a las «etapas» históricas, a las que me he referido, y que estudiaremos en las siguientes secciones. Pero aún más abajo, proveyendo el sustrato último sobre el cual se acumulan aquellas capas, y determinando en el largo plazo las circunstancias dentro de las cuales ellas se suceden, se encuentran placas tectónicas, que experimentan sus propios procesos de transformación lenta y desplazamiento multiseccular.

De manera similar, por debajo de las distintas etapas históricas se encuentran continuidades de largo plazo que estructuran formas intergeneracionales de comprender el mundo y actuar en él. Taylor¹³ ha empleado la noción de *imaginario social moderno* para referirse a aquella «nueva concepción moral de la sociedad» cuyos precedentes comienzan a aparecer en el bajo medievo, se van consolidando durante el siglo XVI y XVII, y sientan las bases para la paulatina reorganización de las sociedades europeas y sus colonias de ultramar durante los siglos XVIII y XIX. Si el imaginario social premoderno consideraba que el mundo estaba estructurado por un orden normativo trascendental, objetivo y eterno, cuyo reflejo humano consistía en la existencia de sociedades armónicamente jerárquicas, el imaginario social moderno pierde su arraigo metafísico y comienza a entender la estructura social de manera instrumental y, por ello, contingente. De imaginar la sociedad como un todo orgánico pero jerárquico, cuyas distintas partes se complementan mutuamente desde posiciones sociales entendidas como realidades ontológicamente distintas, pasamos a entender a la comunidad política como una agregación de individuos que buscan obtener el máximo provecho posible en sus interacciones con otros individuos. La emergencia del imaginario social moderno acompaña a la «revolución espacial planetaria» del siglo XVI y XVII, en virtud del cual «la conciencia colectiva de los pueblos de Europa central y occidental primero, y, finalmente, de toda la humanidad fue cambiada de raíz»¹⁴; acompaña, también, al surgimiento en Europa, que en este período asume mediante la condición de metrópolis global, de un nuevo sujeto social, la burguesía, cuyo sustento material y cuyo

13 Taylor (2006).

14 Schmitt (2007), p. 54.

prestigio provienen de la acumulación de recursos gracias al intercambio comercial y, paulatinamente, de la apropiación del excedente generado por la sistematización de los procesos productivos derivada de su tecnologización.

Esto nos revela que los derechos fundamentales son más que simples conceptos jurídicos de carácter técnico. Ellos funcionan como auténticas narrativas morales que llevan implícitas ciertas ideas sobre nosotros mismos (quiénes son titulares de derechos, qué circunstancias justifican la suspensión de los mismos) y sobre nuestro orden social (qué constituye un ejercicio legítimo del poder a la luz de dichos derechos, cuándo el desconocimiento de los mismos nos exige perentoriamente cambiar el orden social), al tiempo que trazan utopías sobre el orden que hemos de realizar (aquel en que hay un pleno respeto por aquello que ha sido previamente definido como derecho) y, en consecuencia, excluyen implícitamente de dicho orden determinados estados de cosas (todo aquello que no ha sido definido previamente como derecho fundamental pasa a ser o bien un acto virtuoso, mas no exigible, o algo negativo, que debe ser evitado). El surgimiento de este lenguaje, así como su apropiación por parte de las élites y las instituciones situadas en espacios geopolíticos y culturales ajenos a su contexto primigenio de producción, constituye, en consecuencia, un evento que trasciende lo estrictamente jurídico para formar parte de una auténtica revolución cultural, cargada de implicancias semánticas e institucionales.

Una importante parte del tránsito desde el imaginario social premoderno al imaginario social moderno comprende el surgimiento de un nuevo *paradigma jurídico*; esto es, de un conjunto de premisas conceptuales y de expresiones terminológicas adecuadas para transmitir la nueva concepción moral de la sociedad. Dentro de dicho paradigma jurídico moderno, la noción de *derechos* ocupa un lugar destacado. Abordaré a continuación el surgimiento, en el marco del nuevo paradigma jurídico, del «lenguaje de los derechos»¹⁵, y su apropiación por parte de nuestras élites e instituciones.

2.1. El surgimiento del lenguaje de los derechos

El paradigma jurídico moderno emerge como el resultado de transformaciones sociales, culturales, intelectuales e institucionales que demoran varios siglos. Aquí tan sólo es posible ofrecer al lector una apretada panorámica que a lo menos le indique quiénes fueron sus principales protagonistas intelectuales.

¹⁵ Tomo esta expresión de García de Enterría (1994).

Los inicios del paradigma jurídico moderno se encuentran en la revitalización de la tradición jurídica occidental a partir del rescate o recuperación del derecho romano clásico y postclásico, en la versión contenida en la recopilación realizada entre 529 a 534 por el jurista Triboniano bajo instrucciones del emperador Justiniano. Dicha recopilación —conocida como *Corpus Iuris Civilis* a partir de fines del siglo XVI— se transformó en el objeto fundamental de la investigación y la docencia jurídicas en los centros universitarios que comienzan a surgir, primero en Boloña a fines del siglo XI, luego en París hacia mediados del siglo XII, y después en toda Europa¹⁶. Un rol similar al *Corpus Iuris Civilis* empieza a desempeñar la *Concordia discordantium canonum* elaborada por el jurista Graciano entre 1140 a 1142, trabajo que recopila normas eclesiásticas provenientes de diversos orígenes, intentando compatibilizar sus contenidos; en ambos casos se trata de textos carentes en principio de vinculatoriedad formal, y cuyo valor, a ojo de sus estudiosos, deriva de la amplitud y complejidad de sus contenidos, los cuales serán empleados por romanistas y canonistas para construir sus propias deducciones y generalizaciones. Otro importante desarrollo intelectual consiste en la recepción que teólogos como Pedro Abelardo, Alberto de Colonia y Tomás de Aquino hacen, entre los siglos XII y XIII, de la filosofía aristotélica, la que emplean como insumo en la elaboración de una completa y sofisticada producción filosófica cristiana conocida como escolástica.

Ya entrado el siglo XIV, comienzan a surgir cuestionamientos de la autoridad papal sobre los asuntos temporales, postura que exponen, entre otros, Dante Alighieri, Marsilio de Padua y Guillermo de Occam; también permiten la expresión de nuevas concepciones sobre las titularidades de que gozan las personas con independencia de su estatus social o su pertenencia a un determinado pueblo. Todos estos procesos intelectuales darán nuevos contenidos a la noción, proveniente del derecho romano, de *ius*, el cual experimentará profundas transformaciones que la van distanciando de la manera como este concepto era entendido en la Roma clásica¹⁷. Heredera de estas transformaciones terminológicas

16 Véase Berman (1983).

17 Villey (1976) ha expuesto la tesis de que es Occam quien innova decisivamente en la comprensión de *ius* al vincular esta noción, que en Roma habría sido empleada para designar una posición jurídica concreta dotada tanto de cargas como de beneficios, con la idea más restrictiva de un beneficio o provecho cuyo titular puede proteger institucionalmente. Esta tesis ha sido considerada como insuficiente por Tuck (1979) y Tierney (1997), quienes sostienen que Villey

y conceptuales es la escolástica desarrollada durante el siglo XVI en la Universidad de Salamanca, particularmente a través de la obra de Francisco de Vitoria y de Francisco Suárez, la cual delinea con claridad una sofisticada teoría sobre los derechos del hombre en estado natural. Sus aportaciones serán recogidas durante el siglo XVII en la obra de Hugo Grocio, y a través de él influirán en el contractualismo de Thomas Hobbes y en John Locke, posibilitando el surgimiento de un iusnaturalismo cada vez más secular, que relega la voluntad divina a un lugar secundario para fundar su comprensión de los derechos naturales sobre la base de cualidades humanas empíricamente demostrables, tales como su autointerés y su capacidad de actuar instrumentalmente. El movimiento de la Ilustración recogerá durante el siglo XVIII esta teorización, sintetizándola con el pensamiento democrático y republicano, dando así forma a un completo lenguaje sobre los derechos del hombre y el ciudadano. El proceso codificador decimonónico culminará este proceso produciendo una renovación jurídica inspirada en ideales racionalistas y sistematizadores en cuanto a sus formas e individualistas en cuanto a sus contenidos.

El paso de la premodernidad a la modernidad conlleva diversas consecuencias en materia del paradigma jurídico en general, y del tratamiento de titularidades jurídicas en particular; a riesgo de simplificar en exceso, anotaré algunas transformaciones. La indiferenciación entre lo jurídico, lo moral y lo religioso tiende a desaparecer, real o pretendidamente¹⁸, perfilándose cada una de estas esferas con una identidad y unas lógicas propias. El derecho pasa de articularse fundamentalmente en torno a mandatos y prohibiciones a multiplicar los permisos que reconoce, en la forma tanto de libertades negativas como de libertades positivas. La idea de que los individuos detentan

no identifica los antecedentes de estas transformaciones medievales en el derecho romano postclásico, que ignora otros procesos y debates medievales que preceden a Occam, y que no comprende cabalmente la postura que específicamente defendió este último.

- 18 Digo «pretendidamente» para hacer espacio para las numerosas propuestas intelectuales que sostienen que, pese a la autocomprensión de la sociedad moderna como una sociedad diferenciada, lo jurídico y lo moral mantienen conexiones significativas (postura en la cual podríamos situar a autores tan disímiles como Lord Devlin, John Finnis, Ronald Dworkin, y los autores del así llamado «positivismo inclusivo»), o que la experiencia de lo sagrado sigue influyendo nuestra comprensión de lo jurídico y lo político (tesis que desafía la idea del «desencantamiento del mundo» de Max Weber y que, remontándose a Carl Schmitt, caracteriza a autores contemporáneos tales como Paul Kahn, Marcel Gauchet, o William Cavanaugh).

titularidades únicamente en consideración a su pertenencia a algún colectivo; esto es, en la medida y debido a que se pertenezca a una cierta categoría de sujetos, es reemplazada por la idea de que existen titularidades que le correspondan a todo ser humano por el mero hecho de tener tal condición. El paradigma jurídico moderno es, o al menos aspira a ser, expresión de la secularización, la liberalización y la individuación.

A través de estos procesos, el paradigma jurídico moderno pretende haber disuelto formalmente la diversidad de categorías de sujetos característica del *Ancien Régime*, estableciendo una única categoría en su reemplazo; se concibe a sí mismo, entonces, como portador de una ontología individualista universal, según la cual todos los individuos de la especie humana son titulares de unos mismos derechos fundamentales¹⁹. Ello es así tan sólo en principio, pues el examen de nuestra historia republicana nos revelará que los sistemas jurídicos modernos mantuvieron ciertas diferenciaciones entre las titularidades de que gozaban distintas categorías de sujetos argumentando la presencia de cualidades deficitarias en ciertas categorías de sujetos. Tan sólo recientemente, en las últimas cuatro décadas, la subordinación efectiva de algunas categorías de sujetos ha sido paulatinamente reemplazada por una pretensión de reparación e igualación de aquellas categorías a través de titularidades reforzadas establecidas en beneficio de los sujetos pertenecientes a colectivos desaventajados.

2.2. El trasplante del lenguaje de los derechos durante la Patria Vieja

La apropiación por parte de nuestras élites e instituciones del lenguaje de los derechos constituye un caso paradigmático de «trasplante legal», según la expresión del comparativista Alan Watson; esto es, «el desplazamiento de una regla o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un pueblo a otro»²⁰. Esto no es una característica exclusiva, sin embargo, de dicho lenguaje. El tránsito hacia la modernidad jurídica, entre nosotros, pareciera haberse iniciado de manera rápida y «desde arriba». Ella no fue el resultado del decantamiento durante siglos de fuerzas culturales, económicas y políticas, como ocurrió en Europa, sino que más bien fue decretada en el curso de unas pocas

¹⁹ Véase Tarello (2002).

²⁰ Watson (1993), p. 21.

décadas por una élite influenciada por el pensamiento europeo²¹. Su momento central ocurrió durante la así llamada Patria Vieja; esto es, el período que va de la convocatoria a la Primera Junta de Gobierno en 1810 a la derrota del ejército patrio en el Desastre de Rancagua de 1814. Durante este período, diversos ensayos, panfletos, manifiestos, discursos y proclamas exponen a la opinión pública criolla a diversas tesis propias del paradigma jurídico moderno y, particularmente, al moderno lenguaje de los derechos. Me concentraré aquí en dos documentos elaborados por uno de los más destacados propagandistas de las ideas independentistas, Camilo Henríquez; específicamente, en su *Proclama de Quirino Lemáchez* (1811), y en el «Catecismo de los Patriotas» publicado en *El Monitor Araucano* (1813)²².

Hay buenas razones para concentrar aquí la atención en Henríquez; en su labor como editor de *La Aurora de Chile*, contribuyó activamente a difundir el ideario republicano y liberal, así como el lenguaje de los derechos, en los primeros momentos del despertar de la conciencia emancipadora nacional. Y si bien, como observa Collier, la «formulación de la ideología revolucionaria no fue el resultado de la obra de un hombre sino de muchos», el mismo autor reconoce que «Henríquez ganó el honor de ser el primero y en muchos sentidos el más constante de los pensadores políticos de su tiempo»²³. Henríquez publicó estos documentos en una coyuntura muy específica; durante este período, la conciencia política de la élite nacional sigue estando permeada de

21 Evidencia, y quizás consecuencia, de ello, es que, como asevera Collier (2012) pp. 145-146, la teoría política durante el proceso independentista chileno «era más bien una forma de propaganda», no «un fin en sí mismo», por lo cual «la revolución chilena no produjo ningún teórico político realmente original».

22 Se le han atribuido otros documentos fundamentales del período, como el *Catecismo Político Cristiano* (1810). Sin embargo, no existe claridad sobre su autoría. Hanisch (1970, pp. 14-16), menciona a varios posibles autores, muchos de ellos extranjeros, sin ser capaz de resolverse en favor de ninguno; sí sostiene, en todo caso, que la evidencia textual favorece la tesis de que fue un chileno. El *Catecismo Político Cristiano* busca fundamentalmente cuestionar la forma monárquica de gobierno, reivindicar la república como forma de organización adecuada a la natural igualdad humana, y promover, en respuesta a la invasión napoleónica a España, la conformación de un gobierno local en lugar de la sumisión a la Junta Suprema creada en Sevilla. Por ello, este trabajo aborda la temática de derechos desde una perspectiva indirecta, calificándolos como un objeto habitual de vulneración bajo formas de gobierno monárquicas, así como un bien cuya igual titularidad sería desconocida de ser reconocido el gobierno sevillano.

23 Collier (2012), p. 147.

la concepción tradicional del poder, y el proyecto independentista todavía no ha alcanzado madurez, cosa que no ocurrirá completamente sino hasta el término de la reconquista española. Por ello, en este período Henríquez no renuncia a hacer ciertos gestos hacia aquella élite incómodamente situada en un gozne histórico²⁴. Pero en sus textos aflora visiblemente el nuevo lenguaje proveniente de Estados Unidos y de Francia.

La *Proclama de Quirino Lemáchez* expone con claridad el credo contractualista, transformando por contraste el dominio español en una forma de esclavitud. «La naturaleza nos hizo iguales, y solamente en fuerza de un pacto libre, espontánea y voluntariamente celebrado, puede otro hombre ejercer sobre nosotros una autoridad justa, legítima y razonable»²⁵. Henríquez recurre a quien el escolasticismo consideraba como la autoridad intelectual suprema, Aristóteles, pero para reprocharle a la tradición escolástica el no haber «leído en aquel gran filósofo los derechos del hombre y la necesidad de separar los tres poderes: legislativo, gubernativo y judicial»²⁶. A su juicio, «sólo los filósofos», esto es, los intelectuales de la Ilustración, «se atrevieron a advertir a los hombres que tenían derechos, y que únicamente podían ser mandados en virtud y bajo las condiciones fundamentales de un pacto social»²⁷. Y aquí emerge una temática recurrente en el pensamiento republicano, la idea de virtud cívica; pues a juicio de Henríquez, no basta con la sabiduría de los filósofos, esto es, con «la ilustración del entendimiento» para llegar a vivir en «el seno de la paz»²⁸. También son necesarias «las virtudes patrióticas, adorno magnífico del corazón humano»; pues es «el hombre virtuoso, el ilustrado patriota, el que más haya contribuido a romper las cadenas de la esclavitud» quien «conoce mejor los derechos del hombre, el que quiere conservarlos»²⁹.

24 Así, por ejemplo, en el sermón que dirige con ocasión de la apertura del Congreso Nacional, el 4 de julio de 1811, Henríquez contempla la posibilidad de que «la divina providencia» restablezca a Fernando VII «o a su legítimo sucesor» a la corona, pero asegura a su público que, en esa hipótesis, el monarca «nos conservará la prerrogativa de elegir nuestros magistrados y funcionarios públicos». En Stuvén y Cid (2012) p. 131.

25 Ibid., p. 122.

26 Ibid., p. 123.

27 Ibid., p. 123.

28 Ibid., p. 124.

29 Ibid., p. 124.

El «Catecismo de los Patriotas» hace uso de una estrategia argumentativa muy utilizada en aquella época, la exposición articulada en la forma de preguntas y respuestas. Demostrando flexibilidad argumentativa, Henríquez no rehúye recurrir a la autoridad bíblica para sustentar sus pretensiones³⁰; pero una vez más el centro de la argumentación está en el paradigma ilustrado. «Todos los hombres nacen iguales»³¹, afirma rotundamente para negar, de manera contractualista, que alguno esté destinado a gobernar por naturaleza; sólo puede mandar legítimamente «[a]quel o aquellos a quienes los pueblos libres por naturaleza se habrán sujetado por libre y común consentimiento»³². El lenguaje de la virtud cívica también está presente; la «prosperidad pública» depende no sólo del «buen gobierno», sino también de «las virtudes de los ciudadanos»³³.

Pero el lugar central en este texto le corresponde al lenguaje de los derechos. La influencia ilustrada es aquí abiertamente reconocida; así, antes de formular su propia propuesta, observa que «[s]e han publicado en Europa y en América varias y hermosas declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano». Al naciente proyecto independentista, Henríquez le asevera que la «libertad nacional» no consiste tan sólo en la «independencia»; también consiste en «la observancia de los derechos del hombre», mientras que la «libertad civil» no es tan sólo «que la ley sea igual para todos», sino también es «la observancia de los derechos del ciudadano». Y, ¿cuáles son estos derechos del hombre y del ciudadano? Son «la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia a la opresión». Henríquez conceptualiza cada uno de estos derechos brevemente, pero con claridad y precisión, evidenciando un claro influjo ilustrado. Sobre la igualdad, afirma que ya que «los hombres nacen iguales e independientes», la ley «debe ser igual para todos, sea que proteja, sea que castigue»; y

30 Henríquez afirma que «el Cielo se ha declarado en favor del sistema republicano», pues «éste fue el gobierno que dio a los israelitas». En Stuen y Cid (2012), p. 331. Como ha observado Cancino (1993), p. 121, estas alusiones bíblicas podrían entenderse «como un recurso retórico necesario para amplificar la recepción del texto en audiencias más amplias dentro del patriciado criollo, donde predominaban los católicos fervorosos que se distanciaban con recelo de las formulaciones secularizantes del discurso de la Ilustración».

31 En Stuen y Cid (2012), p. 329.

32 Ibid., p. 330.

33 Ibid., p. 327.

que todos deben concurrir a la formación de la ley, la que debe ser «la expresión libre y solemne de la voluntad general». Respecto a la libertad, la conceptualiza como «el poder y facultad que tiene todo ser de hacer lo que no sea contrario a los derechos de otro»; e incluye, particularmente, «la libertad de manifestar sus pensamientos, sea por medio de la prensa, sea de cualquier otro modo». Por seguridad, en tanto, entiende «la protección que concede la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades», y que incluye el no ser «acusado ni preso sino en los casos determinados por la ley, y según el modo y forma que ella prescribe». La propiedad, por su parte, corresponde a «la facultad que tienen los ciudadanos de disponer a su gusto de sus bienes, rentas y frutos de su trabajo e industria», y las «contribuciones» que recaigan sobre ellos sólo pueden tener como fin «la utilidad general» y podrán ser establecidas sólo con la concurrencia de «[t]odos los ciudadanos», quienes también podrán «averiguar y velar sobre la distribución que se hace de sus productos». Interessantemente, Henríquez también añade aquí a su análisis de la propiedad una dimensión que podríamos retrospectivamente caracterizar como *social*; pues califica como una «deuda sagrada de la sociedad» el proporcionar «socorros públicos», entregando «subsistencia a los ciudadanos desgraciados» mediante «algún género de trabajo y de industria» o, en el caso de quienes «no están en estado de trabajar», entregándoles «medios de existir». Finalmente, la resistencia a la opresión, «consecuencia de todos los derechos del hombre», exige «la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y conservación de sus derechos»; y quien viola los derechos del pueblo «está en estado de guerra contra la soberanía nacional»³⁴.

Henríquez, a través de estos y otros documentos, desempeña activamente la labor de trasplantar el lenguaje de los derechos a nuestro país. Serán otros, en tanto, los encargados de consolidar dicho trasplante, apropiándose del mismo.

2.3. La apropiación del lenguaje de los derechos durante el constitucionalismo chileno temprano

La metáfora del trasplante legal tiene la virtud de evidenciar que no necesariamente todo trasplante funciona; en ocasiones, lo que es trasplantado es rechazado, por así decirlo, por el sujeto receptor. Ese no fue el caso, entre nosotros, en cuanto al lenguaje de los derechos,

34 Para todo, Stuvén y Cid (2012), pp. 323-327.

así como al paradigma jurídico moderno en general, los cuales fueron objeto de una *apropiación* por parte de nuestra élite y sus instituciones, en un primer momento, para después serlo también por parte de nuevos actores sociales. La idea de una apropiación da a entender un resultado exitoso –si es que se puede utilizar esta expresión al hablar de la historia humana– del trasplante, el cual se adecúa a su nuevo contexto y es capaz de funcionar en él, arraigándose en el tiempo, distinguiendo así esta variedad de aquellos trasplantes que desaparecen rápidamente.

Esta apropiación va ocurriendo lentamente. Los documentos que alumbran el nacimiento de nuestra existencia republicana, firmados por Bernardo O'Higgins en 1818, en su calidad de Director Supremo, hacen un tímido uso del lenguaje de los derechos. La *Proclamación de la Independencia de Chile* afirma que, si bien la fuerza mantuvo a nuestro continente «en la necesidad de venerar como un dogma la usurpación de sus derechos», ella ha demostrado con su disposición al sacrificio su voluntad de «reclamar sus derechos sin ser delincuente»³⁵. En tanto, el *Manifiesto que Hace a las Naciones el Director Supremo de los Motivos que Justifican su Revolución y la Declaración de su Independencia*, de 1818, evidencia un sustrato intelectual contractualista –«la institución de los gobiernos no conoce otro origen que el de procurarse los hombres un apoyo a su seguridad y a la prosperidad de la asociación», asevera³⁶– y denuncia la vulneración de diversos estados de cosas valiosos –la falta de libertad de comercio o la falta de libertad de imprenta, por ejemplo–, pero sólo menciona la palabra «derechos» de manera tangencial, sin darle un lugar central en su construcción discursiva de la ilegitimidad colonial o de la naciente legitimidad republicana.

El primer texto constitucional promulgado durante el gobierno de O'Higgins comenzará a llenar ese vacío discursivo. La Constitución de 1818, dictada con carácter de *provisoria*³⁷, iniciaba su Título Primero, Capítulo Primero, con la exposición de los «derechos del hombre en sociedad», el cual afirmaba que los hombres «por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil» (art. 1), declaración que acompañaba con un Capítulo Segundo encargado de identificar «los deberes del hombre social», en el que se exigía a los ciudadanos

35 En Valencia (1986), p. 13.

36 Ibid., p. 21.

37 Sobre las características y aplicación de esta Constitución, véase Silva y Vargas (2013), pp. 462-467.

«completa sumisión a la Constitución del Estado» y se les indicaban diversas virtudes cívicas, religiosas y éticas que todo «individuo que se gloríe de verdadero patriota» debía exhibir.

Por su parte, el segundo documento constitucional promulgado por O'Higgins, la Constitución de 1822³⁸, reglamenta las «garantías individuales» en su Capítulo IV, junto a la regulación de la judicatura, ofreciendo diversas garantías procedimentales orientadas a asegurar un enjuiciamiento justo, y reconociendo también la «libre disposición» de los «bienes, rentas, trabajo e industria», la «libre manifestación de los pensamientos», «la inviolabilidad de las cartas», y la libre «circulación de impresos en cualquier idioma». Esta Constitución, evidenciando la confianza ilustrada en la educación como motor del progreso, proclamó asimismo que «[l]a educación pública será uniforme en todas las escuelas, y se le dará toda la extensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias» (art. 230).

Similar estrategia sigue la Constitución de 1823³⁹, que incorpora una serie de restricciones al actuar de los poderes públicos a lo largo de su texto y atribuye al Poder Judicial la función de proteger los «derechos individuales». En el mismo Título XII, proclama la inviolabilidad de la propiedad y del domicilio, la libertad de presentar peticiones ante las autoridades, y diversas garantías de carácter procesal. La Constitución de 1828, por su parte, adopta la técnica de establecer una enumeración o elenco de «derechos individuales», contenida en su Capítulo III. Allí se reconocen a todo hombre, «como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones» (art. 10).

En definitiva, durante el período de apropiación del lenguaje de los derechos, que dura poco más de un decenio a partir con la Proclamación de la Independencia, nuestras instituciones republicanas aprendieron a emplear con fluidez esta nueva forma de hablar sobre estados de cosas valiosos. La volatilidad política de este período, sin embargo, se tradujo en una cierta fluidez de textos constitucionales. Ellos dieron expresión, con ciertos matices, a un lenguaje de derechos liberal⁴⁰,

38 Sobre las características y aplicación de esta Constitución, véase Silva y Vargas (2013), pp. 526-529.

39 Sobre las características de esta Constitución, véase Silva y Vargas (2013), pp. 564-569.

40 Me parece que esta afirmación caracteriza incluso los derechos contenidos en la Constitución de 1823, habitualmente caracterizada como «conservadora». A mi juicio, el Título XXII de este texto, titulado «Moralidad nacional», no debiera

con énfasis en la protección de la libertad personal, la libertad de prensa y la propiedad. Pero no lograron asentar en torno a sí un arreglo social ni un orden institucional estables.

3. La República Autoritaria: orden y progreso (sin participación ni libertad)

El período que aquí he caracterizado como de apropiación del lenguaje de los derechos concluye simbólicamente con la batalla de Lircay, en abril de 1830, la cual pone fin a la guerra civil entre los así llamados «pipiolos» y la coalición conservadora dirigida por Diego Portales. La llegada al poder le permitió a este grupo imponer un proyecto político de largo alcance, cuyo eje central era la creación de una «sociedad disciplinada y obediente», aun cuando fuera «más por miedo que por cálculo»⁴¹, y que tenía por propósito la creación de un ambiente político e institucional propicio para el incremento del bienestar de la élite. En palabras de Gabriel Salazar, el orden portaliano fue «un sistema de dominación mercantil asociado al retorno reiterativo del autoritarismo y el librecambismo»⁴². Esta República Autoritaria subsiste durante tres décadas, bajo los gobiernos de José Joaquín Prieto (1831-1841), Manuel Bulnes (1841-1851) y Manuel Montt (1851-1861).

ser visto como una expresión de conservadurismo, sino más bien del discurso republicano de la época, enfático en las «virtudes cívicas y morales» (art. 249). Desde luego, está el hecho de que aquella Constitución, en su Título XXIII, establece restricciones al «uso de la imprenta» a fin de evitar lesiones a «los misterios, dogmas y disciplina religiosa, y la moral que generalmente aprueba la Iglesia Católica». Sin embargo, me parece que ellas no podrían ser consideradas como un rasgo distintivo de esta Constitución, sino como un elemento de continuidad del orden institucional chileno que perdurará hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX, en el cual se combinan declaraciones inspiradísimas sobre el valor de la libertad de imprenta con regulaciones restrictivas de la misma. Véase Ibarra (2014). Lo «conservador», en el contexto de las disputas políticas de la época, consiste en la concentración del poder, cosa que no caracteriza la Constitución de 1823, que establece numerosos órganos cuyas atribuciones equilibran las del Director Supremo; entonces, la Constitución que merece el calificativo de «conservadora» no es otra sino la Constitución de 1833.

⁴¹ Edwards (1928), p. 57.

⁴² Salazar (2005), p. 25.

3.1. Participación

La regulación del proceso político que se instaló durante la República Autoritaria establecía un régimen de participación política abiertamente oligárquico, en el cual la posibilidad de votar y de ser electo (la «ciudadanía activa») estaba circunscrita a la población masculina alfabetizada y económicamente próspera⁴³. La regulación electoral, por añadidura, posibilitaba la transformación de las elecciones en una mera ritualidad, pues entrega el control de las elecciones a los intendentes y gobernadores, funcionarios de confianza exclusiva y dependencia directa del Presidente, y quienes se aseguran de que sean electos parlamentarios cercanos al mismo. En la favorable opinión de Bernardino Bravo, la intervención electoral constituye un *poder extraconstitucional* del Presidente que le convierte en el «gran elector» del régimen, posición que si bien es «una situación de hecho», está «plenamente encuadrada dentro del régimen de gobierno»⁴⁴.

Aún así, durante la República Autoritaria, las principales decisiones sobre las titularidades jurídicamente reconocidas y protegidas son realizadas por un reducido círculo de intelectuales vinculados a Portales. Dos nombres aparecen una y otra vez: Mariano Egaña y Andrés Bello⁴⁵. Este monopolio sobre la producción de contenidos legislativos fundamentales es, de hecho, deliberado; como dijera el *Informe sobre los Códigos Legislativos que necesita Chile*, enviado por el Ejecutivo al presidente del Senado y redactado, precisamente, por Bello, la redacción de «códigos extensos y universales, necesita absorber noche y día el pensamiento creador de un autor», «uniformidad» que es «esencialmente necesaria en las leyes, para evitar antilogías y confusiones que den lugar a comentarios e interpretaciones a que son tan propensas las discusiones judiciales»⁴⁶. El

43 Constitución de 1833, artículo 8º: «Son ciudadanos activos con derecho de sufragio: Los chilenos que habiendo cumplido veinticinco años, si son solteros, y veintiuno, si son casados, y sabiendo leer y escribir tengan alguno de los siguientes requisitos: 1º Una propiedad inmueble, o un capital invertido en alguna especie de giro o industria [...] 2º El ejercicio de una industria o arte, o el goce de algún empleo, renta o usufructo, cuyos emolumentos o productos guarden proporción con la propiedad inmueble, o capital de que se habla en el número anterior». El artículo 7º de la Constitución de 1828 también exigía que los ciudadanos tuviesen, en sus palabras, «de qué vivir», pero no contenía el requisito de saber leer y escribir.

44 Bravo (1993), p. 190.

45 Sobre Egaña, véase Brahm (2007); sobre Bello, véase Jaksic (2001).

46 En Bello (1981a), p. 16.

involucramiento protagónico de estos dos «intelectuales orgánicos» del proyecto portaliano se evidencia en la participación que asumen en la confección de textos normativos que transforman en realidad institucional dicho proyecto político: la Constitución de 1833, la legislación procesal de 1837, y el Código Civil.

Veamos en primer lugar lo referido a la Constitución de 1833. La Constitución de 1828, en su artículo 133, contemplaba que en 1836 fuese convocada una «gran Convención, con el único y exclusivo objeto de reformar o adicionar» su texto. Pero el 17 de febrero de 1831, la Sala Capitular de la Municipalidad de Santiago envió una comunicación al Ejecutivo, el cual lo reenvió a la Comisión Permanente del Senado, argumentando que aquel artículo, «retardando la corrección de los defectos que el tiempo i la esperiencia nos han hecho conocer, pone al Estado en la necesidad de sufrir males que pueden disolver el cuerpo político antes que corregirlo», situación que había de ser resuelta convocando a la gran Convención para que estableciera «un justo equilibrio entre los diversos poderes del Estado, sin lo cual no puede subsistir una Constitución»⁴⁷. El 8 de junio de 1831, el senador Manuel José Gandarillas presenta un proyecto de ley para convocar a la Gran Convención, proyecto que se convierte en ley el 1 de octubre de 1831. Compuesta por dieciséis diputados y veinte ciudadanos «de conocida probidad e ilustracion»⁴⁸, destaca entre ellos Mariano Egaña, quien prepara un proyecto de Constitución que, inspirado en el constitucionalismo francés de la era napoleónica y de la Restauración⁴⁹, concentra el poder en manos del Presidente, permitiéndole incluso suspender la vigencia de la Constitución mediante procedimientos que no logran constreñir su voluntad. La mayor parte de su propuesta es acogida, con la salvedad de propuestas tales como que pudiese ser reelegido indefinidamente, que pudiese disolver la Cámara de Diputados, y que fuese constitucionalmente irresponsable. Esta misma Convención da por aprobado el texto de la nueva Constitución en su sesión 80, de 17 de mayo de 1833, el cual es posteriormente jurado por las demás autoridades y promulgado el 25 de mayo de 1833.

Si la aprobación de la Constitución de 1833 fue hecha en desconocimiento del anterior texto constitucional, la legislación procesal del período fue aprobada burlando el rol legislador del Congreso. Como

⁴⁷ En Letelier (1898), pp. 28-29.

⁴⁸ Artículo 3º, Ley de 1º de octubre de 1831. En Letelier (1901), p. 1.

⁴⁹ Brahm (2004), p. 77.

integrante del Senado, Egaña había preparado un proyecto de codificación procesal que presentó para su tramitación legislativa. Con ocasión de la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana, y como ministro de Justicia de José Joaquín Prieto, Egaña logra la aprobación de una ley que entrega poderes extraordinarios para el Presidente, autorizándole «para usar de todo el poder público, que su prudencia hallare necesario para reir el Estado»⁵⁰. El 1 de febrero de 1837 el Congreso clausura su período de sesiones; al día siguiente, el 2 de febrero, el Ejecutivo promulga dos decretos: uno, estableciendo el requisito de que los jueces fundamenten sus sentencias, obligación consistente en «establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia y a hacer referencia de las leyes que les sean aplicables sin comentarios ni otras explicaciones»⁵¹; otro, reglamentando causales de implicancias y recusaciones para los jueces, a fin de evitar «la ilimitada libertad concedida para las recusaciones», «principal fundamento de las quejas que se emiten contra la morosidad en la administración de justicia»⁵². El 8 de febrero de 1837 otro decreto buscó establecer una reglamentación del procedimiento ejecutivo «que proteja la buena fé, haga efectivo el cumplimiento en los contratos, y facilite la consecución de los derechos por la brevedad con que deben expedirse los jueces»⁵³. El 1 de marzo del mismo año, en fin, estableció una regulación sobre la nulidad de las sentencias, observando que «la forma que se observa actualmente para interponer y sustanciar los recursos de nulidad, abriendo un extenso campo a los litigantes de mala fé para retardar el curso de las solicitudes más legales y fundadas, y originando injerentes gastos a las partes; es la fuente de donde emanan muchos de los más graves males, de que se recienta la administración de justicia»⁵⁴. De esta manera se han aprobado las principales leyes procesales del período, denominadas conjuntamente como «leyes marianas» en razón del autor intelectual de esta operación.

No está de más observar que Bello no sólo defendió desde las páginas de *El Araucano* la necesidad substantiva de estas reformas a la administración judicial, aseverando que la reglamentación procesal constituía el «ramo más vicioso [...] y más pernicioso a la vindicación de

50 Ley de 30 de enero de 1837.

51 Decreto de 2 de febrero de 1837 sobre sentencias de los jueces.

52 Decreto de 2 de febrero de 1837 sobre implicancias y recusaciones de los jueces.

53 Decreto de 8 de febrero de 1837 sobre juicio ejecutivo.

54 Decreto de 1 de marzo de 1837 sobre recurso de nulidad.

los derechos individuales» de la legislación española todavía vigente⁵⁵. También defendió la oportunidad en que aquellas reformas se hicieron, haciendo uso de la concesión de poderes extraordinarios por causa de la guerra: «El poder extraordinario concedido al Gobierno por las Cámaras no podía consagrarse exclusivamente en su ejercicio al remedio de los males que habían motivado su concesión, sin que recayese sobre los encargados de la autoridad una justa y amarga censura por haber dejado trascurrir el período de su duración sin volver los ojos a los infinitos ramos que claman por reformas radicales. Bajo el orden constitucional, no se podía satisfacer esta necesidad imperiosa, sino con una lentitud, que hacía mirar muy remota la mejora de nuestra condición política, por las largas discusiones, que debían retardar la aprobación de cualquier proyecto de ley. Estas trabas se han removido temporalmente; y es preciso que este tiempo precioso de libertad administrativa sea fecundo en innovaciones útiles y necesarias»⁵⁶.

En la argumentación de Bello, el «orden constitucional», esto es, el respeto a la función legislativa del Congreso Nacional, aparece como un obstáculo, una fuente de «trabas», que aportaba «lentitud» en el «remedio» o reforma de ciertos ámbitos «que claman por reformas radicales». Interesantemente, su argumentación recurre al patrón retórico consistente en identificar una *emergencia* y sustentar en ella una *excepción*, patrón argumentativo que se presta para legitimar la suspensión de libertades y derechos de que normalmente se goza en un determinado orden institucional. Este patrón retórico se repite una y otra vez en la modernidad occidental, nuestro país inclusive, a fin de justificar ejercicios extraordinarios del poder, a menudo en un sentido que busca cambiar la identidad misma del arreglo social. En la justificación del golpe de Estado de 1973 y de las transformaciones que a partir de ese momento se acometerán veremos los mismos patrones argumentativos.

Pasemos ahora a la codificación civil. La misión de realizar una codificación sustantiva en materias patrimoniales parece haber sido encomendada por Portales a Bello en torno a 1834⁵⁷. Diversas comisiones, algunas de ellas integradas por el mismo Bello, avanzaron durante las siguientes dos décadas tan sólo de manera fragmentaria; el venezolano, por su parte, prosiguió hasta tener un proyecto completo. Surgió,

55 Bello (1982), p. 630.

56 Ibid., p. 630.

57 Jaksic (2001), p. 195.

en algún momento, una cierta participación pública en el debate de este proyecto, ciertamente circunscrita a la élite. Ello ocurrió cuando Bello publicó partes de su proyecto en *El Araucano*; recibió allí mismo opiniones que consideró cuidadosamente y a las cuales respondió por el mismo medio⁵⁸. Pero Bello mantuvo celosa autoría sobre el contenido de la codificación civil, al punto de que, una vez que las dos cámaras del Congreso Nacional y el Consejo de Estado habían aprobado el proyecto y el Presidente lo había promulgado mediante ley de 14 de diciembre de 1855, Bello le introdujo cambios al documento, durante 1856, antes de que entrara en vigencia el 1 de enero de 1857⁵⁹.

Además de la restrictiva participación que caracterizó a la República Autoritaria, durante este período se limitó considerablemente la posibilidad de disentir políticamente. La vibrante libertad de prensa que caracterizara a la década de los veinte desapareció⁶⁰; la Ley de Imprenta de 1846, redactada por el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Antonio Varas, sancionó con multas la blasfemia, la injuria y la inmoralidad, y con la cárcel o el destierro a quien «por medio de la imprenta, provocare a la rebelion o sedicion, a la desobediencia de las leyes o autoridades constituidas el trastorno del orden público»⁶¹. Más efectiva aún, a efectos de descargar el peso institucional contra toda forma de disidencia, era la declaración de estado de sitio, realizada por el Presidente con acuerdo del Consejo de Estado (cuyos integrantes eran nombrados por el propio Presidente), y que autorizaba la suspensión del «imperio de la Constitución» en el territorio comprendido en la declaración, posibilitando que el Presidente arrestara o relegara personas a cualquier punto del territorio nacional⁶².

58 Véase, por ejemplo, la discusión sobre las reglas de sucesión por causa de muerte sostenida en las páginas de *El Araucano*, entre enero de 1842 a junio de 1843, entre Bello y Miguel María Güemes, abogado y profesor del Instituto Nacional (en aquel entonces, institución a cargo de la docencia universitaria), en Bello (1982), pp. 255-355.

59 Jaksic (2001), p. 202.

60 Silva y Vargas (2013), pp. 569-571, afirman que a partir de la abdicación de O'Higgins existió una «considerable expansión del espacio público gracias a un dinámico proceso de creación de órganos de opinión», e identifican al menos a diez periódicos oficiales de instituciones públicas y diecinueve periódicos de particulares dedicados a intervenir en el debate político.

61 Ley sobre Abusos de la Libertad de Imprenta, 21 de septiembre de 1846, artículo 1º.

62 Constitución de 1833, artículo 161.

3.2. Bienestar

La República Autoritaria exhibe gran diligencia en asegurar el bienestar del sector social al cual pertenece la élite dirigente. Esto ocurre fundamentalmente a través de estrategias legislativas orientadas a darles certeza jurídica a la propiedad y a los contratos.

La Constitución de 1833 y el Código Civil favorecen el aprovechamiento de la propiedad a través de diversas estrategias. En primer lugar, ofrecen conceptualizaciones de ella considerablemente favorables a ella; la Constitución garantiza la «inviolabilidad de todas las propiedades»⁶³, mientras que el Código concibe la propiedad como el «derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente»⁶⁴.

En materia de contratos, el Código se cuida en adoptar niveles diferenciados de formalidades según cada materia. Por un lado, el Código opta por favorecer la rapidez del intercambio, exigiendo para el perfeccionamiento de contratos que recaigan sobre bienes muebles tan sólo la concurrencia de las voluntades de los intervinientes⁶⁵; y para el surgimiento del dominio del receptor del bien, la entrega de la cosa⁶⁶. En cuanto a los contratos que recaigan sobre propiedad inmobiliaria, el Código innova exigiendo una solemnidad o formalidad consistente en la inscripción de la transacción en un registro a cargo del Conservador de Bienes como requisito para el perfeccionamiento del contrato, maximizando la certeza respecto de la propiedad del bien en cuestión⁶⁷. Estas soluciones buscan encontrar equilibrios entre rapidez con seguridad adecuados a cada situación.

Otro aspecto de interés en el período corresponde a la eliminación del mayorazgo. Si bien hay quienes han considerado que su importancia en nuestra historia ha sido exagerada, el simbolismo de dicha medida, que frente a los ojos de la época lesionaba el interés particular, merece que se le preste atención. Bello defendió la abolición del mayorazgos en términos relativamente utilitaristas: «Suponiendo que los mayorazgos perdieran una parte de su valor real, o que no recibieran todo lo que los fundos puedan producir, ese cercenamiento sería una especie de indemnización debida al orden público; porque los mayorazgos se han

⁶³ Constitución de 1833, artículo 12, N° 6.

⁶⁴ Código Civil, artículo 582.

⁶⁵ Por ejemplo, respecto de la compraventa, véase Código Civil, artículo 1801.

⁶⁶ Sobre la tradición, véase Código Civil, artículo 670.

⁶⁷ Código Civil, artículos 686 y siguientes.

sostenido a expensas de la conveniencia pública, pues generalmente se han fomentado con perjuicio, o al menos con descuido de los otros miembros de la familia»⁶⁸.

Para Bello, los mayorazgos lesionan el bienestar porque reducen la productividad de la actividad agrícola. Pero su solución, a juicio de Jaksic, busca no descuidar el bienestar particular al velar por el bienestar general; en sus palabras, al «convertir los mayorazgos en censos de capital, cuya renta se entregaría a los sucesores de las propiedades vinculadas, Bello logró conciliar el respeto por la propiedad privada con el interés por entregar más tierras a la agricultura»⁶⁹.

Otros aspectos de las reformas legales realizadas durante la República Autoritaria contribuyen al mismo objetivo. Las reglas sobre transmisión por causa de muerte, que reconocen una muy limitada libertad de testar, favorecen la continuidad intergeneracional del bienestar⁷⁰. Los hombres mayores de edad gozan de una plena libertad contractual. La mujer, por sí sola, así como los menores de edad, carecen de ella; pero las reglas sobre tutelas y curatelas les permiten comerciar a través de un representante legal. La regulación de la quiebra contenida en la «ley mariana» sobre juicio ejecutivo facilita la solución de los inconvenientes asociados al comercio, regulando el tratamiento jurídico de la insolvencia. Por último, las reglas sobre impugnaciones y recusaciones, así como la regulación del procedimiento civil, favorecen la autonomía de lo económico, al ofrecer garantías de la imparcialidad entre los llamados a resolver las disputas patrimoniales entre privados.

3.3. Reconocimiento

Durante la República Autoritaria, la construcción de una unidad cultural republicana se instala como una de las tareas centrales del Estado. Símbolo de ello es la existencia del Ministerio de Instrucción, Justicia y Culto, el que actúa como espacio de institucionalización de la cultura oficial.

La Constitución de 1833 refleja en su texto una profunda vinculación entre educación y estatalidad. En ella, la capacidad de leer y escribir era, como se ha dicho, un requisito para el ejercicio de la ciudadanía

⁶⁸ Bello (1981b), p. 643.

⁶⁹ Jaksic (2001), p. 203. El autor agrega una reflexión relevante a efectos de la dimensión del reconocimiento: «Había también un elemento político importante, que era la eliminación de los privilegios en una república que enfatizaba la igualdad ante la ley».

⁷⁰ Código Civil, Libro III.

activa; la «educación pública» es caracterizada como una materia de «atención preferente del Gobierno»⁷¹; y se establece la necesidad de que exista una «superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, i su dirección bajo la autoridad del Gobierno»⁷². Sienta así las bases normativas de un Estado involucrado activamente en lo educacional. El principal hito en esta materia durante el período consiste en el reemplazo de la Universidad de San Felipe, fundada en las postrimerías de la colonia, por la Universidad de Chile. Esta institución recibe «la dirección de los establecimientos literarios y científicos nacionales, y la inspección sobre todos los demás establecimientos de educación»⁷³. Durante este período, la Universidad asume una función académica, entendida como el cultivo directo de las ciencias y los saberes por parte de los académicos que integraban sus claustros, y una función de coordinación del sistema educacional nacional y entrega de títulos académicos, quedando la docencia universitaria en manos del Instituto Nacional. Otro desarrollo relevante consiste en que, paulatinamente, el control del Ejecutivo sobre la difusión de ideas, en la forma de publicación de libros y periódicos, va liberalizándose. La así llamada Generación de 1842 evidencia estos avances.

Otro aspecto en el cual se evidencia el propósito de construir una cultura nacional se evidencia en el rol de la religión católica, la cual no solamente adquiere un estatus oficial, sino también es la única cuyo ejercicio puede ser realizado, de acuerdo a la Constitución, en público⁷⁴. La Iglesia desempeñaba un rol central tanto en la naciente ritualidad republicana, en sus ceremonias públicas y su retórica justificadora, como en la configuración de su institucionalidad, al punto, por ejemplo, de que el Código Civil delegaba en la autoridad eclesiástica la regulación del matrimonio, así como la mantención de los cementerios y el registro de nacimientos y defunciones. Asimismo, la Iglesia se beneficiaba de la contribución económica que le hacía el Estado. Pero, por otro lado, el Estado exigía para sí los derechos de patronato que antaño le cupieran a la Corona española, reclamo que el Vaticano no aceptaba,

71 Constitución de 1833, artículo 153.

72 Constitución de 1833, artículo 154.

73 Ley de 19 de noviembre de 1842, artículo 1º.

74 Constitución de 1833, artículo 5º: «La religión de la República de Chile es la Católica, Apostólica, Romana; con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra».

pero que la Iglesia local, necesitada de la colaboración de las autoridades administrativas, a menudo convalidaba⁷⁵.

La realidad de los pueblos originarios durante este período, los cuales mantienen un espacio geográfico propio, en el cual viven según sus costumbres ancestrales, en el caso del pueblo mapuche, la soberanía de *Wallmapu*, esto es, del territorio situado, está jurídicamente reconocida a través del tratado celebrado en el Parlamento de Tapihue, celebrado el 7 de enero de 1825, y que reconoció el río Biobío como frontera entre el territorio chileno y el territorio mapuche. En el caso de los pueblos nómades australes, el aislamiento geográfico fue lo que aseguró el no sufrir interferencias. Aun así, durante este período quedan sentadas las bases que explicarán el expansionismo posterior, que destruirá definitivamente el *modus vivendi* cultivado por las comunidades indígenas⁷⁶.

4. La República Liberal: nuevas libertades (para algunos)

Durante la segunda mitad del siglo XIX, la élite comenzó a exigir para sí mayores niveles de participación y de libertades. Ello le llevó a enfrentarse con la concentración de poder en manos del Ejecutivo portaliano y con la restricción de las libertades públicas que aquel había impuesto. La elección de José Joaquín Pérez en 1861 en lugar del sucesor escogido por Montt, Antonio Varas, refleja la capacidad de la élite de comenzar a exigir un gobierno menos autoritario; la derrota del presidente José Manuel Balmaceda en la guerra civil de 1891 consolida el desplazamiento del centro constitucional de poder hacia el Congreso en reemplazo del Ejecutivo. Por otro lado, el fraccionamiento cultural y religioso de la propia élite le llevó a exigir y ejercer ciertas libertades en el plano intelectual y religioso que dieron a nuestra institucionalidad una apariencia de modernización. Esto no logró traducirse, sin embargo, en el reconocimiento de las necesidades o intereses de subjetividades subalternas, incluyendo a mujeres, pueblos indígenas o trabajadores, quienes durante este período debieron soportar, respectivamente, la exclusión de la esfera pública y del tráfico jurídico, la ocupación militar de sus tierras, y la represión de sus movilizaciones. Algunas de las tensiones ocasionadas por esta falta de participación y de reconocimiento llevarán al término de este período durante la convulsionada presidencia de Arturo Alessandri Palma (1920-1925).

75 Serrano (2008), p. 76.

76 Véase Bengoa (2008), Capítulo V, «Los preparativos de la guerra (1827-1867)».

4.1. Participación

La República Liberal es un período de parlamentarización del proceso político, situación que refleja la fragmentación política de la élite. Paulatinamente se van incorporando al proceso político los sectores medios, proceso que se facilita con la eliminación en 1888 de los requisitos constitucionales de carácter económico para ejercer la ciudadanía activa. A partir de entonces, serán ciudadanos activos «los chilenos que hubieren cumplido veintiún años de edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en los registros electorales del departamento». Pero los sectores medios, así como los sectores populares que comienzan a movilizarse en pos de demandas por el mejoramiento de sus condiciones laborales y de vida, no asumen durante este período posiciones de liderazgo o hegemonía, la cual sigue en manos de la élite.

La primera expresión de la fragmentación de la élite corresponde al surgimiento de corrientes de opinión que van tomando la forma de partidos políticos. Surge un sistema de partidos en torno a dos clivajes: la concentración de poder en el Ejecutivo versus el incremento de las libertades públicas y el desplazamiento del centro de decisiones hacia el Congreso; y la mantención de la hegemonía de la Iglesia Católica versus la morigeración de su influencia. El primer clivaje enfrenta, durante el tránsito de la República Autoritaria a la República Liberal, al montt-varismo con aquellos sectores que pasarán a constituir el Partido Liberal, el Partido Conservador y el Partido Radical. El segundo clivaje enfrentará durante todo el período al Partido Conservador con el Partido Liberal y el Partido Radical. Estas dispares correlaciones de fuerzas reflejan el hecho de que durante este período ocurren una progresiva disminución del poder presidencial y una paulatina disminución de los espacios institucionales de poder eclesiástico.

Durante este período, emergieron y se consolidaron ciertas prácticas en la relación entre Presidente y Congreso, tales como la interpelación parlamentaria a ministros de Estado y el condicionamiento de la aprobación anual de la Ley de Presupuestos a las orientaciones políticas del Congreso, que desplazaron el centro del poder político desde el primer al segundo órgano. A lo largo de este período también existió un flujo de reformas constitucionales que encarnaron la transformación de la forma de gobierno y la expansión de las libertades públicas. La primera de ellas, consistente en la prohibición de la reelección inmediata del Presidente, ocurrió en 1871. Una segunda reforma, en 1873, rebajó el quórum para sesionar de ambas Cámaras de la mayoría absoluta de sus respectivos miembros a un tercio de los mismos, para la de

senadores, y un cuarto, para la de diputados. El año siguiente, en 1874, se verificaron tres reformas: la primera incorporó al texto constitucional los derechos de reunión, de asociación y la libertad de enseñanza; la segunda estableció la incompatibilidad entre cargos parlamentarios y el desempeño de la función de intendente, gobernador, o cualquier otro empleo retribuido de nombramiento del Presidente, salvo el de ministro de Estado, y estableció la elección directa de los senadores, hasta ese entonces elegidos de manera indirecta; la tercera construyó el ejercicio del Poder Ejecutivo regulando con mayor precisión las leyes extraordinarias en materia de suspensión de derechos constitucionales, entregando mayores poderes de revisión a la Comisión Conservadora—organismo senatorial llamado a «[v]elar por la observancia de la Constitución y de las leyes, y prestar protección a las garantías individuales» durante el período en que el Congreso no estuviese sesionando—e incorporando al Consejo de Estado seis integrantes elegidos por el Congreso. Una de las últimas reformas constitucionales del período, promulgada el 26 de febrero de 1924, consistió en positivizar la práctica parlamentaria de la interpelación ministerial, entregándole a la Cámara de Diputados la atribución de «[m]anifestar si los Ministros merecen o no confianza», y, viceversa, creando la atribución del Presidente de disolver por una única vez aquella Cámara.

4.2. Bienestar

Durante la República Liberal continúa el proceso de formalización de los intereses de la clase propietaria a través de la codificación y la reforma de las instituciones judiciales. Entran en vigencia el Código de Comercio (1865), el Código Penal (1875), la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875), el Código de Procedimiento Civil (1903) y el Código de Procedimiento Penal (1907). La riqueza de la élite, asimismo, aumenta debido a la explotación del salitre tras la incorporación de nuevos territorios en virtud de la Guerra del Pacífico, del carbón en la zona centro-sur, y de la incorporación de nuevos terrenos por la ocupación militar de *Wallmapu*. El impuesto a la exportación del salitre permitió financiar la expansión del aparato estatal, incluyendo numerosas obras públicas. Pero las condiciones de vida de los trabajadores del salitre, del carbón, y de los mapuches instalados en reducciones empeora, sin que el orden institucional contemple formas significativas de protección de su bienestar.

Esta expansión del Estado permitió el surgimiento de nuevas capas medias, correspondientes a fuerza de trabajo calificada y que

desempeñan labores profesionales de carácter intelectual –profesores, abogados, ingenieros– o bien de carácter burocrático –funcionarios administrativos y judiciales–. Asimismo, las labores extractivas en el norte –salitre– y el centro-sur –carbón– consolidan el surgimiento de una clase trabajadora explotada, cuyas condiciones laborales no les permiten adquirir vivienda ni bienes de capital, así como tampoco acceder al sistema educacional, y cuyas demandas por mayores niveles de bienestar reciben poca protección.

4.3. Reconocimiento

En el plano del reconocimiento, la república liberal expresa tendencias divergentes según se trate de sujetos elitarios o subalternos.

En cuanto a la élite, las disputas sobre la religión llevan a una paulatina diferenciación de la esfera pública, que ofrece formas de reconocimiento a múltiples sujetos elitarios. Los disidentes, esto es, los cristianos no católicos, fundamentalmente pertenecientes a la inmigración inglesa y alemana, logran primero un reconocimiento a su libertad de culto en el ámbito privado mediante una ley interpretativa de la Constitución que «permite a los que no profesan la religión Católica, Apostólica, Romana, el culto que practiquen dentro del recinto de edificios de propiedad particular», así como el «fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en las doctrinas de sus religiones»⁷⁷. Posteriormente, un decreto establecerá que «[d]entro del recinto de cada uno de los cementerios católicos existentes en el día en la República, se destinará un local para el entierro de los cadáveres de aquellos individuos a quienes las disposiciones canónicas niegan el derecho de ser sepultados en sagrado»⁷⁸, esto es, ateos o miembros de otras religiones. Estas reformas avanzan mediante las así llamadas leyes laicas, que le traspasan a la administración pública la administración de los cementerios⁷⁹, la celebración y registro de los matrimonios⁸⁰, y el registro de los nacimientos y defunciones⁸¹. El catolicismo, por su parte, hace uso de las crecientes libertades para organizarse, particularmente para dar inicio a una arremetida cultural mediante la fundación de la Universidad Católica en 1888.

⁷⁷ Ley de 27 de julio de 1865.

⁷⁸ Decreto de 21 de diciembre de 1871.

⁷⁹ Ley de 2 de agosto de 1883.

⁸⁰ Ley de 16 de enero de 1884.

⁸¹ Ley de 17 de julio de 1884.

La mujer de élite comienza lentamente a hacer ingreso a la institucionalidad cultural, que durante los periodos anteriores le había asignado un lugar tan sólo en la cultura de salón y el patronazgo de artistas. El ministro de Educación Miguel Luis Amunátegui dictó un decreto permitiendo el ingreso de las mujeres a la educación universitaria⁸². Siguiendo el ejemplo de mujeres similarmente situadas en la estructura de clases europea y norteamericana, estas mujeres comienzan a participar de la esfera pública de discusión y a exigir derechos formales de participación política. En 1875, un grupo de mujeres concurre a inscribirse en los registros electorales; el rechazo a esta demanda lleva a que la legislación electoral, en 1884, prohíba explícitamente el sufragio femenino.

Los trabajadores, durante este período, sufren de un desconocimiento radical de la especificidad de su situación social y de su lugar en el sistema productivo, a través de la subsunción de su relación contractual dentro de la regulación civil del trabajo. Si bien cesan los obstáculos formales a su participación política, ella se mantiene baja. Comienzan a consolidarse prácticas de cohecho, que transforman a las masas campesinas en la fuerza electoral de los partidos de la élite.

La ocupación y despojo de los territorios mapuche facilita el proyecto de colonización ideado en el período anterior. Los inmigrantes alemanes gozan de un significativo reconocimiento: las reformas constitucionales y legales les permiten celebrar su culto religioso y educar a sus hijos en su lengua y cultura; la ayuda estatal les da tierras y créditos blandos, a menudo condonados. Pero este reconocimiento es el anverso exacto de la situación del pueblo mapuche, cuya religión y lugares sagrados son devastados, y cuyas tierras son ocupadas, recibiendo a cambio pequeñas mercedes de tierra cuya propiedad a menudo pierden a manos de inescrupulosos.

5. El Estado de Compromiso: tensiones y conflictos, avances y retrocesos

Entre 1925 a 1932 ocurre en Chile una crisis de legitimidad de la élite tradicional, que debe contemplar cómo sus instituciones y sus prácticas gubernativas son desplazadas por liderazgos militares que dicen representar las aspiraciones de sectores mesocráticos o populares. El restablecimiento de la institucionalidad parlamentaria durante el segundo gobierno de Arturo Alessandri no posibilita, sin embargo,

82 Decreto de 6 de noviembre de 1877.

el retorno monopolístico de la élite tradicional. En este convulsionado proceso, nuevos actores políticos han logrado incorporarse a dicha institucionalidad, representando los intereses de sectores sociales hasta aquel entonces ausentes: fundamentalmente, la clase media y los trabajadores industriales. Paulatinamente, la mujer será incorporada al ámbito de la participación política. Sin embargo, durante una larga etapa del período, la militancia comunista y el activismo sindical deberán sufrir persecución, encarcelamiento y la exclusión absoluta del proceso político; los trabajadores agrícolas se verán deliberadamente excluidos de la expansión de la sindicalización hasta casi el final del período; y los pueblos indígenas sólo llegarán a contar con reconocimientos institucionales limitados.

5.1. Participación

Durante el estado de compromiso, el tipo de espacios institucionales de participación, así como los sujetos que participan de ellos, se diversifican significativamente. La regulación de sindicatos contenida en las leyes sociales de Alessandri, permite cierta participación formal de los trabajadores en la determinación de sus condiciones laborales. La agrupación de dichos sindicatos en federaciones multisectoriales, incluyendo la Confederación de Trabajadores de Chile y la Central Única de Trabajadores, se constituye como contrapeso a la representación patronal y las erige como actores efectivos del proceso estatal de distribución del bienestar.

El sistema de partidos refleja el surgimiento de nuevos sujetos históricos. Los partidos de izquierda, el Partido Comunista y el Partido Socialista, representan distintas formas de involucramiento de sectores obreros y populares en general. Los partidos de centro, el Partido Radical y la Falange Nacional, representan sensibilidades de clases medias y profesionales. Los partidos de la élite, el Partido Liberal y el Partido Conservador, subsisten durante gran parte del período, sirviendo como contrapeso al impulso reformista de los sectores populares y mesocráticos. El control del ejecutivo «presenta» también distintas etapas durante este periodo: un restablecimiento de la institucionalidad parlamentaria durante el segundo periodo de Arturo Alessandri; otro de instauración del proceso de negociación interclasista durante los gobiernos radicales; un periodo de crisis del sistema de partidos durante los gobiernos de Ibáñez y Jorge Alessandri; y finalmente uno de radicalización y avance de posiciones de la movilización popular durante los gobiernos de Frei y Allende. La persecución del Partido Comunista y del sindicalismo

asociado a él mediante la Ley de Defensa Permanente de la Democracia entre 1948 y 1958 representa, sin embargo, un gran retroceso, y anticipa lo que ocurrirá durante el periodo de la dictadura de forma dramática y simbólica: el encargado del campo de concentración de Pisagua, donde son encarcelados dirigentes y activistas de izquierda, es ni más ni menos que Augusto Pinochet.

La participación política de la mujer recibe paulatinamente formalización. En primer lugar, la mujer y los extranjeros reciben derecho a voto en las elecciones municipales⁸³. Posteriormente, una ley permite el sufragio femenino en todas las elecciones⁸⁴. Sin embargo, los espacios de liderazgo femenino durante todo el período son reducidos: los casos de Inés Enríquez, designada en 1951 como la primera intendenta y el mismo año como la primera diputada, Adriana Olguín, nombrada en 1952 como la primera ministra, en su caso en la cartera de Justicia, o de María de la Cruz, electa como la primera senadora en 1953 pero prontamente inhabilitada para ejercer su cargo por el propio Senado, son particularmente elocuentes en cuanto a la excepcionalidad de sus investiduras.

Durante todo el período, el sistema electoral favorece la representación parlamentaria de diversos grupos e intereses sociales. El número de partidos políticos representados en el Congreso fluctúa de acuerdo a las coyunturas del conflicto social y del conflicto político. Esta situación constituye una virtud, contrariamente a lo que el pensamiento conservador sostendrá posteriormente, pues evita el distanciamiento entre realidad social y representación parlamentaria. Pero el sistema constitucional no está por ello exento de problemas; la fragmentación parlamentaria dificulta a su vez la construcción de mayorías gubernativas, debido a que el sistema presidencialista de gobierno no cuenta con mecanismos institucionales que permitan interactuar con la realidad del Congreso. Esto será particularmente problemático durante el gobierno de Salvador Allende; lo ambicioso de su programa, enfrentado a una falta de mayorías parlamentarias, lleva a una situación en la que el Ejecutivo se ve en la necesidad de sortear el Congreso para satisfacer a sus bases electorales, generando una crisis institucional que no alcanzará a ser resuelta desde el proceso político y proveerá la oportunidad para que la élite y los militares pongan violento fin al Estado de Compromiso.

83 Ley 5.357, de 15 de enero de 1934, sobre organización, instalación y constitución de municipalidades.

84 Ley 9.292, de 1949.

5.2. Bienestar

El rol del Estado en la distribución social del bienestar va transformándose a lo largo del período. En el período se dan sucesivamente diversos momentos de expansión de la capacidad estatal de redistribuir bienestar. El primer momento, en el marco de las convulsiones políticas que marcan el fin del parlamentarismo y el surgimiento del Estado de Compromiso, comprende el establecimiento de la legislación laboral en 1924 y su codificación en 1931, el surgimiento de un aparato administrativo vinculado a la provisión de salud pública y prestaciones sociales, y el establecimiento de instrumentos de regulación del consumo durante la breve República Socialista; una segunda etapa corresponde a la expansión del rol planificador de la actividad económica durante los gobiernos radicales; y una tercera etapa corresponde a la intensificación de la labor redistributiva durante los gobiernos de Frei y Allende.

Durante el Estado de Compromiso, el Estado diversifica los mecanismos para incidir en la distribución social del bienestar. Así, por ejemplo, el Estado actúa como regulador de la actividad económica de los particulares de variadas maneras. Regula las condiciones laborales de quienes trabajan en dicho sector, regulación contenida en la legislación aprobada por Alessandri y codificada por Ibáñez. Incentiva y desincentiva actividades económicas de particulares a través de una estructura tributaria altamente diferenciada. Regula la provisión de bienes y servicios, regulación contenida en el Decreto con Fuerza de Ley 520 dictado en 1932 por la República Socialista, que creaba el Comisariato de Precios y Subsistencias, posteriormente reemplazado por la Dirección de Industrias y Comercio.

Por otro lado, el Estado incidía en la distribución social del bienestar actuando como agente económico por sí mismo. Explota ciertos rubros estratégicos tales como el carbón, la minería, la aviación, la telefonía, los ferrocarriles. Es el principal empleador del sistema económico, proveyendo variados beneficios para sus funcionarios y trabajadores, tales como seguridad social y créditos para la vivienda. Provee directamente diversos bienes y servicios, incluyendo educación, seguridad social, servicios sanitarios, telefonía y vivienda.

5.3. Reconocimiento

Durante el período del Estado de Compromiso, nuestro orden institucional diversifica considerablemente el tipo de sujetos cuyos intereses en determinados estados de cosas reciben reconocimiento y protección. Las nuevas oportunidades de participación y las nuevas

formas de distribución del bienestar constituyen poderosas formas de reconocimiento de sectores mesocráticos y populares; la lógica del Estado de Compromiso consiste precisamente en una expansión de la intervención estatal a partir de las reivindicaciones presentadas al sistema a través de procesos de lucha social.

Durante el período, existen algunos avances en el reconocimiento y protección de los intereses de diversos grupos subalternos. Por ejemplo, en el marco de la reforma agraria, algunas comunidades mapuche pudieron recuperar y administrar parte de sus tierras ancestrales. Otro grupo social que recibe un reconocimiento específico de sus necesidades corresponde a la mujer, cuya autonomía reproductiva y salud se ven protegidas a través del establecimiento, a partir de 1931, del aborto terapéutico en el Código Sanitario. Durante la Unidad Popular, este reconocimiento llevó a la instalación en el Hospital Barros Luco de un sistema de realización rápida y segura de abortos.

En este período emergen, al igual que en otros países, nuevas subjetividades arraigadas en la experiencia de la diversidad sexual, que comienzan a formular una demanda por el reconocimiento de su diferencia. Estas demandas no lograrán articularse con claridad durante este período ni tampoco lograr resultados, avances que ocurrirán en los siguientes períodos. El Código Penal, desde su entrada en vigencia en 1874, criminalizaba las relaciones sexuales entre hombres; toda otra manifestación pública de diversidad sexual estaba afecta a ser subsumida dentro del delito de ofensas a las buenas costumbres.

6. La dictadura cívico-militar: autoritarismo, neoliberalismo y agonicidio

La dictadura encabezada por Augusto Pinochet constituye el período más negativo de toda nuestra historia nacional desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Durante todo este período, las Fuerzas Armadas y de Orden excluyeron prácticamente a toda la población de la toma de decisiones fundamentales, y emplearon la violencia como un instrumento para amedrentar o derechamente eliminar a todo aquel que disintiera de sus decisiones. Estos mecanismos les permitieron a los militares y sus aliados civiles transformar radicalmente el arreglo social que prevaleció durante el período del Estado de Compromiso, retrocediendo en la protección de diversos derechos fundamentales.

6.1. Participación

El día 11 de septiembre de 1973, los cuatro cabecillas de la insurrección militar contra el gobierno del presidente Salvador Allende se instituyeron a sí mismos como Junta de Gobierno. Junto al empleo de la violencia política, la Junta recurrió a las formas jurídicas para destruir los mecanismos de participación formal existentes durante el Estado de Compromiso. Así, diversos decretos ley ordenaron el cierre del Congreso Nacional⁸⁵ y del Tribunal Constitucional⁸⁶, ilegalizaron a los partidos políticos de izquierda⁸⁷ y dispusieron el receso de las actividades de los demás partidos⁸⁸, y destruyeron el registro electoral⁸⁹, imposibilitando la convocatoria a elecciones. En lo medular, la participación en la toma de decisiones durante el período de la dictadura cívico-militar se restringió a un estrecho grupo de abogados y economistas partidarios del reforzamiento de la protección a la propiedad y la libertad contractual.

Así, por ejemplo, la Constitución de 1980, que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, fue elaborada por un grupo asesor designado por la Junta Militar; este grupo, conocido como Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, estaba integrada mayoritariamente por hombres, pertenecientes a la clase alta, en su gran mayoría católicos, y todos opositores al gobierno derrocado militarmente. El proyecto elaborado por este grupo fue revisado por otra comisión, el Consejo de Estado, y posteriormente recibió su redacción definitiva por parte de la Junta misma. Esta constitución determinó que durante los siguientes ocho años sus disposiciones no rigieran en plenitud; durante dicho período, los capítulos sobre Presidente de la República y sobre Congreso Nacional no rigieron, sino que en su lugar lo hicieron diversas disposiciones transitorias que depositaban la función ejecutiva en manos de Augusto Pinochet y la función legislativa en la Junta Militar.

No sólo no existieron durante dicho período mecanismos institucionales para hacer posible la participación de la ciudadanía en las decisiones que afectaban sus condiciones materiales de vida; la redacción de la constitución fue también una oportunidad para controlar el proceso de devolución del poder a los civiles, a través de un diseño institucional

85 Decreto Ley 27, de 21 de septiembre de 1973.

86 Decreto Ley 119, 5 de noviembre de 1973.

87 Decreto Ley 77, de 8 de octubre de 1973.

88 Decreto Ley 78, de 11 de octubre de 1973.

89 Decreto Ley 130, de 13 de noviembre de 1973.

que llevó a que los politólogos Juan Linz y Alfred Stepan aseveraran que, «[p]olíticamente, la democracia en Chile comenzó bajo circunstancias constitucionales más restringidas que en el caso de cualquiera de los países de Sudamérica o de Europa del Sur que hayamos estudiado»⁹⁰. Las consecuencias de esto perduran hasta el día de hoy.

6.2. Bienestar

Con anticipación al golpe de Estado, un grupo de economistas egresados mayoritariamente de la Universidad Católica y que habían recibido formación de postgrado en la Universidad de Chicago, disponían ya de un plan comprehensivo de reestructuración total de la estructura productiva y, por lo tanto, social, del país. Este programa de transformaciones económicas había sido preparado para la campaña presidencial de Jorge Alessandri de 1970, e incluía la reducción de la capacidad estatal de intervenir en los precios de los bienes de consumo y de realizar actividades empresariales por cuenta propia; la Dirección de Industria y Comercio perdió sus atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras, y se inició un proceso de privatizaciones particularmente pronunciado en los primeros y los últimos años del período.

Junto a dichas reformas, fueron también implementadas otras que transformaron las condiciones materiales de vida de gran parte de la población. El así llamado Plan Laboral, expresado en los Decretos Ley 2756, sobre sindicatos, y 2758, sobre negociación colectiva, restringió los mecanismos disponibles para que los trabajadores participaran en igualdad de condiciones en la determinación de sus condiciones laborales. Reformas al sistema de previsión social reemplazaron las lógicas de reparto existentes anteriormente, estableciendo sistemas basados en la capitalización individual; así surgieron las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) y las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), grandes fondos de inversiones cuya administración se convirtió en un rentable negocio, pero cuyos beneficios para los cotizantes han sido históricamente bajos.

6.3. Reconocimiento

Diversos aspectos del período en cuestión revelan la existencia de una multiplicidad de formas de denegación de reconocimiento. En lo cultural, el período en cuestión se caracteriza por la proclamación, en una primera etapa, de un proyecto nacionalista y tradicionalista, el que

90 Linzy Stepan (1996), p. 211.

si bien nunca es abandonado del todo, pasa a ser reemplazado hacia mediados de los ochenta por la promoción de un *ethos* marcadamente individualista, que propone al país el éxito económico como un criterio para atribución del prestigio social. La cultura propiamente popular, que había sido reivindicada y valorizada en la década y media inmediatamente anterior, es marginalizada y estigmatizada; lo mismo ocurre con las formas de expresión cultural propias de los pueblos originarios. Por otro lado, en las postrimerías del período, el aborto terapéutico es derogado, como expresión del renacimiento de un cierto catolicismo que encuentra su proyecto social en la sacralización de lo biológico.

Quizás la forma de denegación de reconocimiento más significativa en el período haya sido el desencadenamiento de la violencia dirigida contra toda forma de disidencia. Esta violencia incluyó la tortura, el exilio, la muerte, e incluso la desaparición de cadáveres de los asesinados. Si bien a menudo dicha violencia ha sido conceptualizada como un conjunto de violaciones a los derechos humanos, la politicidad del mismo se ve enfatizada cuando la calificamos como un proceso de *agonicidio*, de exterminio y amedrentamiento de los que luchan. El agonicidio encontró múltiples formas jurídicas; ellas no solo incluyeron la creación de organismos represivos a través de decretos leyes, sino que la atribución de competencias extraordinarias al general Pinochet para restringir la libertad ambulatoria, el derecho de reunión y la libertad de información, junto a la prohibición constitucional de la propagación de toda idea sobre la sociedad, la política o el derecho «de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases».

7. Conclusión

El estudio de la historia nacional en materia de derechos fundamentales nos debiera llevar a comprender que el catálogo de derechos existente en cualquier momento es expresión de aquello que es posibilitado por el contexto social, el cual se traduce en una articulación institucional concreta. Como sostiene Balibar, «todo Estado impone su poder a la sociedad por medio de un derecho», por lo cual «el derecho no puede ser jamás el fundamento de este poder. Este fundamento real no puede ser otro que una relación de fuerzas entre las clases»⁹¹. Si bien en ocasiones la reflexión sobre la organización del poder político mismo es capaz de dar cuenta de la historicidad material del objeto de su interés, mucho más escaso es ese mismo reconocimiento en el caso

91 Balibar (2015), p. 43.

de la reflexión sobre la configuración específica de los así llamados «derechos fundamentales» en una sociedad determinada. Este capítulo debe ser visto, precisamente, como un llamado de atención respecto a la necesidad de una comprensión materialista histórica de dichos derechos fundamentales. Si el lector logra atisbar la posibilidad de tal comprensión para el caso chileno, este capítulo habrá logrado su cometido.

Bibliografía citada

- BALIBAR, ÉTIENNE, 2015: *Sobre la dictadura del proletariado*. Madrid: Siglo XXI.
- BELLO, ANDRÉS, 1981a: *Textos y Mensajes de Gobierno, Tomo XIX de las Obras Completas de Andrés Bello*. Caracas: La Casa de Bello.
- . (1981b) *Labor en el Senado de Chile, Tomo XX de las Obras Completas de Andrés Bello*. Caracas: La Casa de Bello.
- . (1982) *Temas Jurídicos y Sociales, Tomo XVIII de las Obras Completas de Andrés Bello*, Caracas, La Casa de Bello.
- BENGOA, JOSÉ, 2008: *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*. Santiago: LOM.
- BERMAN, HAROLD, 1983: *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- BRAHM, ENRIQUE, 2007: *Mariano Egaña: Derecho y Política en la formación de la República Conservadora*. Santiago: Bicentenario.
- BRAVO, BERNARDINO, 1993: *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- BRUNKHORST, HAUKE, 2014: *Critical Theory of Legal Revolutions*. London: Bloomsbury.
- CANCINO, HUGO, 1993: «El Catecismo Político Cristiano (1810), el Catecismo de los Patriotas (1813) y el discurso de la Revolución Francesa en Chile», en ZEA, Leopoldo (editor), *América Latina ante la Revolución Francesa*. Ciudad de México: Universidad Nacional de México, pp. 109-124.
- COLLIER, SIMON, 2012: *Ideas y política de la Independencia Chilena, 1808-1833*. Santiago: Fondo De Cultura Económica.
- DERRIDA, JACQUES, 1971: *De la gramatología*. México: Siglo XXI.
- EDWARDS, ALBERTO, 1928: *La fronda aristocrática en Chile*. Santiago: Imprenta Nacional.
- FRASER, NANCY, 2009: *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York: Columbia University Press.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, 1994: *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial.
- HANISCH, WALTER, 1970: *El catecismo político-cristiano: las ideas y la época*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- IBARRA, PATRICIO, 2014: «Liberalismo y prensa: Leyes de imprenta en el Chile decimonónico (1812-1872)», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 36, pp. 293-313.
- JAKSIC, IVÁN, 2001: *Andrés Bello, la pasión por el orden*. Santiago: Editorial Universitaria.
- LETÉLIER, VALENTÍN, 1898: *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, Tomo XIX. Santiago: Imprenta Cervantes.
- _____. (1901): *La gran convención de 1831-1833: recopilación de las actas, sesiones, discursos, proyectos y artículos de diarios a la Constitución de 1833*. Santiago: Imprenta Cervantes.
- LINZ, JUAN y ALFRED STEPAN, 1996: *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore The Johns Hopkins University Press.
- MARX, KARL, 2015: *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*. Madrid: Alianza.
- SALAZAR, GABRIEL, 2005: *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los «pueblos». Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*. Santiago: Editorial Sudamericana.
- SCHMITT, CARL, 2007: *Tierra y mar*. Madrid: Trotta.
- SERRANO, SOL, 2008: *¿Qué hacer con Dios en la república? Política y secularización en Chile (1845-1885)*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- SILVA, FERNANDO y JUAN EDUARDO VARGAS, 2013: *Historia de la República de Chile. El fin de la monarquía y los orígenes de la república, 1808-1826*. Santiago: Zig-Zag.
- STUVEN, ANA MARÍA y GABRIEL CID, 2012: *Debates republicanos en Chile. Siglo XIX*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- TARELLO, GIOVANNI, 2002: *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Editorial Comares.
- TAYLOR, CHARLES, 2006: *Modern Social Imaginaries*. Durham: Duke University Press.
- TIERNEY, BRIAN, 1997: *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150-1625*. Cambridge: William B. Eerdmans Publishing.
- TUCK, RICHARD, 1979: *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*. Cambridge: Cambridge University Press.

- VALENCIA, LUIS, 1986: *Anales de la República: textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes ejecutivo y legislativo desde 1810*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- VILLEY, MICHEL, 1976: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- WATSON, ALAN, 1993: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press.

Capítulo II: Norma y tipicidad iusfundamental¹

Amaya Álvarez*

1. Introducción

La estructura del derecho constitucional distingue entre el ámbito de un derecho y su protección. El ámbito de un derecho establece sus límites o fronteras y determina su contenido, lo que debiera ser parte de una deliberación democrática². Ello define las posibilidades de limitar su ejercicio en el nivel infraconstitucional

La noción jurídica de tipo, tomado desde las ciencias penales y en opinión de Eduardo Novoa, «selecciona comportamientos humanos, los valora a fin de servir de molde múltiple que aporte a los que no coinciden con sus figuras específicas, en tal virtud, sólo la que guarda congruencia exacta con alguna forma reúne las características de ser típica»³. Esta selección de comportamientos humanos configura un tipo de derecho fundamental que contiene los siguientes elementos: una práctica constitucional interna representada por autores nacionales y la jurisprudencia de los tribunales de justicia; un elemento internacional que abordamos a través de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y finalmente un elemento comparado que busca incorporar ideas foráneas al debate.

* Doctora en Derecho, York University (Canadá). Profesora Asociada, Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Concepción. Este trabajo no habría sido posible sin el esfuerzo y colaboración de mis alumnos/as ayudantes de cátedra: Emmanuel Arredondo, Rodrigo Castillo, Matías Cornejo, Julián Muñoz, José Ramírez y Victoria Ulloa. Todo error, sin embargo, es de mi entera responsabilidad. Por favor, enviar comentarios al correo electrónico aalvez@udec.cl.

1 La perspectiva comparada del presente capítulo forma parte de la investigación efectuada a propósito del Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11121371. Agradezco este apoyo institucional.

2 Webber (2009).

3 Novoa (1980), p. 33.

No todo acto o actividad se enmarca en el ámbito cubierto por la norma fundamental. Este capítulo propone una sistematización de la estructura de una norma constitucional, reconociendo a la dignidad humana como elemento central y básico, un contenido esencial para el derecho y una penumbra en donde serán aplicadas las limitaciones.

2. Tipicidad iusfundamental: ámbito y extensión de su protección constitucional

Nuestra propuesta es considerar el tipo iusfundamental como una construcción normativa, que, no obstante ser fruto de una deliberación colectiva, debe incluir un componente doctrinario, una referencia a la aplicación concreta de la norma por parte de los tribunales de justicia, debe estar atento a lo dispuesto por los órganos regionales y mundiales de derechos humanos; y que además podría aprender de regímenes foráneos a través del derecho comparado, con especial referencia a Latinoamérica. En la propuesta de Aldunate, 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»⁴. Ese precepto normativo constitucional debiera comprender el texto constitucional-convencional del respectivo derecho, aceptando que nuestro catálogo de derechos fundamentales es abierto, fruto de la norma de reenvío consagrada en el artículo 5 de la Constitución, como también la normativa sobre límites a los derechos fundamentales de índole general o particular basado en la característica de ser limitados y limitables todos los derechos constitucionales, y el respectivo método de resolución de controversias. Dada la dispersión de fuentes normativas, y en general lo escueto del lenguaje constitucional, esa integración, entre lo normado por el texto constitucional como fuente interna, con los tratados internacionales en la materia como fuente internacional, está plagada de desafíos jurídicos.

Así, a modo de ejemplo, en relación a pensar el ámbito del tipo ius fundamental del derecho a la vida, el artículo 19 N° 1 de la Constitución consagra, en la primera parte, el «derecho a la vida», derecho fundamental que ha sido comprendido como el derecho a conservar la propia existencia, obligando al ordenamiento jurídico tanto a lo que resulte necesario para su mantención, cuanto al amparo frente a los atentados que se cometan contra ella y a la sanción de los mismos. El profesor

4 Aldunate (2008), p. 138.

Enrique Evans, en lo que podríamos denominar la comprensión más tradicional, señala que por derecho a la vida se entiende «la facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre». Y agrega que, por su naturaleza, el derecho a la vida «actúa *erga omnes*, como pretensión genérica frente a todos, que aparecen obligados a respetar ese bien. La voluntad del titular del derecho a la vida tiende a un objeto, que es la vida misma. A ese bien, el derecho objetivo le dispensa su tutela o protección. La vida humana como bien jurídico consiste, así, en la existencia física, biológica de ese ser, el hombre, que está dotado de inteligencia, voluntad y un fin trascendente. Aparece la vida humana, como un bien único, primario, fundamental»⁵. Esta visión se restringe únicamente a la vida biológica del ser humano. Sin embargo, la disposición contenida en el texto de la Constitución de 1980 debe necesariamente ser cotejada y complementada con la normativa internacional vinculante para Chile. Así, tenemos que la Convención Americana de Derechos Humanos⁶, en su artículo 4º, consagra el derecho a la vida en una perspectiva amplia tratándolo por conexión con otros derechos y estableciendo no solo obligaciones negativas para el Estado, sino que la obligación de crear las condiciones que permitan el pleno respeto de la vida, señalando que: «en esencia el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna»⁷. Eso es justamente lo que se pretende en este trabajo, tratar los denominados supuestos de hecho del derecho, esto es su contenido y sus fronteras o límites con el objeto de lograr mayor claridad conceptual en el órgano llamado a aplicar el derecho fundamental⁸.

5 Evans (1999), p. 114.

6 Pacto de San José de Costa Rica, Decreto N° 873, 1990, Ministerio de RREE, DO 5/1/1991.

7 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de fondo, Serie C N° 63, 1999.

8 Alguna parte de la doctrina nacional trata brevemente estas materias: véase Nogueira (2007), p. 260.

2.1. Normas habilitantes de la intervención estatal

La existencia de un régimen democrático impone una extensión e intensidad particular a la intervención del Estado. En palabras del profesor Enrique Linde, «del texto constitucional [español] se deducen un conjunto de mandatos, de diferente naturaleza, sobre la intervención de la administración en la sociedad»⁹. Respecto a la naturaleza de los mandatos, el propio Linde distingue entre mandatos genéricos, explícitos y positivos (art. 10.1 Constitución de España, en materia de dignidad humana como cúspide de todos los derechos fundamentales); de los mandatos genéricos, implícitos y positivos (art. 1 Constitución de España, que reconoce a España como un Estado social y democrático de derecho); de mandatos de intervención específicos, explícitos y positivos referido a aquellos que crean títulos habilitantes en los poderes públicos en una materia determinada (art. 43.2 de la Constitución española, en materia de salud pública); o mandatos que tienen por finalidad favorecer ciertas actividades de la administración utilizando fórmulas como «ayudar, promover, facilitar o fomentar»¹⁰.

Respecto de los derechos fundamentales, específicamente, el autor distingue entre aquellos que exigen una mera abstención de los poderes públicos; aquellos cuyo ejercicio exige la colaboración o intervención de los poderes públicos; aquellos derechos fundamentales prestacionales derivados de la Constitución; y finalmente, mandatos negativos de intervención o prohibiciones de intervención¹¹. Respecto a la posibilidad de que en algunos derechos fundamentales el rol del Estado sea de mera abstención, creemos que ello es una simplificación de la realidad, toda vez que el Estado debe crear las condiciones que permitan el ejercicio del derecho y por ello nunca podrá realmente tener una actitud completamente pasiva en esta materia. Con el objeto de establecer el marco de actuaciones del Estado, es importante examinar las concordancias en el propio texto constitucional y el modelo de sociedad política que aspira a regir. Ello ya que deben existir criterios hermenéuticos que orienten al operador de la norma al resolver las colisiones entre derechos fundamentales o entre derechos e intereses generales.

⁹ Linde (2007), p. 46.

¹⁰ Ibid., pp. 46-52.

¹¹ Ibid., pp. 55-56.

2.1.1. CLÁUSULA DE LIMITACIÓN GENERAL

La posibilidad de limitar a casi todos los derechos constitucionales implica que su ámbito de protección constitucional está establecido en razones y fundamentos dados en el texto de la Constitución. Esos fundamentos deben ser interpretados y aplicados caso a caso. Ello refleja el carácter mayoritariamente relativo de los derechos fundamentales. La mayoría de las constituciones modernas contienen alguna forma de cláusula de limitación escrita general, que se aplicará a todos los derechos constitucionales consagrados en el texto constitucional¹². Otro enfoque de la cláusula de restricción general es la adopción de una doctrina de adjudicación de derechos constitucionales, como el examen de proporcionalidad¹³. La necesidad de una justificación democrática de las limitaciones impuestas a los derechos constitucionales es presentado por autores tales como Stephen Gardbaum, quien distingue respecto del umbral que el poder legislativo debe cumplir con el fin de ser capaz de limitar ciertos derechos del que debe cumplir la revisión judicial¹⁴. Por lo tanto, una cláusula de limitación a los derechos establece una secuencia en el examen de la norma. En primer lugar, el titular del derecho conlleva la responsabilidad de establecer el contenido del derecho y su alcance sobre la base de la Constitución, el modo en que los hechos afectan el derecho y la infracción. En la segunda etapa, el Estado lleva la carga de justificar la limitación a un derecho en particular¹⁵. Si el Estado no puede justificar la limitación del derecho constitucional, la violación es inconstitucional¹⁶.

En Chile no existe una cláusula de limitación general. Es debatible si la labor interpretativa constitucional o la redacción de una nueva norma constitucional a partir del proceso constituyente podría establecer una

12 Sobre esto, véase el Capítulo VI.

13 Este es el enfoque con el artículo 36 de la Constitución de Sudáfrica de 1996: (1) [L]os derechos en la Constitución sólo pueden limitarse en términos de la ley de aplicación general en la medida en que la limitación es razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, teniendo en cuenta todos los factores relevantes: (a) la naturaleza del derecho, (b) la importancia de los efectos de la limitación, (c) la naturaleza y el alcance de la limitación, (d) la relación entre la limitación y su propósito; (e) medios menos restrictivos para lograr el propósito.

14 Gardbaum (2010), p. 106.

15 Weinrib (1999), p. 30.

16 Kumm (2007), p. 5.

cláusula de restricción general. Una opción a evaluar sería una cláusula de limitación construida sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución de 1980: «Chile es una república democrática». Esta declaración podría ser utilizada como criterio de justificación contra el cual las limitaciones de los derechos deben ser confrontados, ayudando a poner de relieve que la acción de las autoridades públicas en una democracia debe siempre ser respetuosas de los derechos y libertades consagrados en el texto constitucional, constituyendo las limitaciones una excepción. También podría fomentar un diálogo entre los poderes del Estado, así como entre la población en cuanto a lo que un régimen político democrático conlleva.

En este sentido, la sección 1 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982 es un ejemplo de este tipo de cláusula de limitación. En Canadá, los derechos y garantías sólo son objeto de restricciones sobre la base de «límites razonables prescritos por la ley siendo justificables en una sociedad libre y democrática»¹⁷.

A continuación, realizaremos una propuesta de estructura de tipicidad iusfundamental para los derechos fundamentales del ordenamiento constitucional estructurado por un centro, un núcleo esencial y una penumbra.

3. La dignidad humana como centro del tipo iusfundamental¹⁸

La dignidad humana comienza a ser la característica central del discurso de derechos humanos posterior a la Segunda Guerra mundial. Este cambio en el estatus constitucional de la dignidad humana, de una referencia meramente axiológica a su consagración con contenido normativo, presenta numerosos desafíos conceptuales que intentaremos al menos atisbar en este apartado. Esta consagración normativa se basa en la influencia del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas¹⁹, la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰ y la Constitución Alemana que la establece en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn (1949) como un mandato inviolable, lo que se traduce en la obligación

17 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11.

18 Barak (2015).

19 Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas 1945; Disponible en <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>>.

20 Disponible en <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>.

de todo poder público de respetarla y protegerla, mandato que luego es recogido en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2002)²¹. La dignidad humana es un derecho constitucional en algunos Estados tales como Rusia, Sudáfrica, Colombia, Israel, Alemania, y en otros casos la dignidad humana es un valor constitucional sin ser reconocido como un derecho constitucional.

La primera constitución que trató la dignidad humana fue la Constitución de Finlandia en julio de 1919²² y en el mismo año la Constitución de Alemania la consagró también. La primera constitución latinoamericana en tratar la dignidad humana fue la Constitución de Ecuador (1929), incluyendo una disposición similar a la de la constitución de Weimar, esto es, que la vida económica debe estar basada sobre los principios de la justicia en orden a generar un crecimiento general, y a través de él asegurar una calidad de vida que esté en consonancia con la dignidad humana²³. En 1940, la dignidad humana aparece en las constituciones de Cuba y Paraguay. La constitución de Cuba establece el principio de la igualdad de las personas ante la ley y la prohibición de discriminación que disminuya la dignidad humana²⁴. La Constitución de Paraguay prohíbe la explotación de las personas, y determina que el Estado debe asegurar un estándar de vida compatible con la dignidad humana de cada trabajador²⁵.

¿Cuál es el contenido de la dignidad humana como un valor constitucional? ¿Cuál es el mensaje normativo que emerge desde este valor constitucional? Aharon Barak propone un modelo constitucional-interpretativo en que la dignidad humana actúa como propósito general de todos los derechos fundamentales. Esta situación genera muchas preguntas. ¿Hay o no un área de la existencia humana que esté únicamente cubierta por el derecho constitucional a la dignidad

21 Ley Fundamental Alemana 1949; Disponible en <http://www.santiago.diplo.de/contentblob/2254146/Daten/375140/PDF_Grundgesetz_Spanisch.pdf>, y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000, Disponible en <http://www.europarl.europa.eu charter/pdf/text_es.pdf>.

22 Disponible en <http://www.servat.unibe.ch/icl/fio1000_.html>.

23 Disponible en <<http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1929.pdf>>.

24 Disponible en <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Cuba/cuba1940.html>>.

25 Disponible en <http://www.portalguarani.com/690_miguel_angel_pangrazio/13204_constitucion_de_1940_compilador_miguel_angel_pangrazio_ciancio_.html>.

humana? ¿Cuál es la función del derecho constitucional a la dignidad humana en áreas donde hay una superposición complementaria entre el derecho a la dignidad humana y otros derechos constitucionales? ¿Cuál es la relación entre el derecho constitucional a la dignidad humana y el derecho constitucional a la libertad personal? ¿Debería el derecho a la dignidad humana ser considerado un derecho residual?

La propuesta de Aharon Barak es distinguir al menos tres funciones constitucionales a la dignidad humana²⁶. La primera función de la dignidad humana como un valor constitucional es expresada en el enfoque que comprende las bases de todos los derechos constitucionales. La dignidad humana es el argumento central, la justificación para la existencia de los restantes derechos humanos. La segunda función de la dignidad humana como un valor constitucional es proveer de un significado a las normas de un sistema legal. Sobre la base de una interpretación propositiva²⁷, todas las disposiciones de la constitución, y particularmente de todos los derechos, son interpretadas a la luz de la dignidad humana. Ésta es vista como un principio básico y un valor supremo. El alcance de varios derechos y el área que ellos cubren es influido por el valor constitucional de la dignidad humana. Ésta sirve como un principio regulador, organizador, integrador y comprensivo. La tercera función de la dignidad humana como un valor constitucional es en la limitación de los derechos constitucionales y en la determinación del límite de las limitaciones. La mayoría de los derechos constitucionales son relativos, ellos pueden ser limitados con la condición de que la limitación sea proporcional. En la determinación de la proporcionalidad de las limitaciones, el valor constitucional de la dignidad humana juega una función crucial.

3.1. Doctrina nacional en materia de dignidad humana

Para hacer una síntesis de la doctrina nacional, hemos examinado a autores relevantes tales como: Alejandro Silva Bascuñán²⁸, Eduardo Aldunate²⁹ y Humberto Nogueira³⁰.

26 Barak (2015).

27 Interpretación propositiva para Aharon Barak, es aquel enfoque interpretativo que considera tanto la intención de los redactores de la Constitución como la opinión pública original; sin embargo, el peso decisivo recae en la finalidad fundamental que subyace a la Constitución en el momento de la interpretación.

28 Silva Bascuñán (2000).

29 Aldunate (2008).

30 Nogueira (2007), pp. 32-67.

Silva Bascuñán hace referencia a la dignidad como fundamento de los derechos fundamentales, sin un tratamiento conceptual preciso ni una propuesta de su tratamiento normativo. Para este autor, la dignidad humana tiene como fundamento la naturaleza del hombre en cuanto se caracteriza por su inteligencia y libre albedrío. La dignidad del hombre tiene, al mismo tiempo, como fundamento que, según la Revelación Divina, ha sido creado a imagen y semejanza de Dios para encontrar, más allá del tiempo, su plena felicidad en él³¹.

Aldunate y Nogueira, por su parte, comparten elementos del concepto de dignidad humana (unicidad del individuo, autodeterminación, libertad y racionalidad). Sin embargo, Aldunate cuestiona la dignidad como fundamento de los derechos fundamentales y su reconocimiento normativo en Chile, ya que pese a que es frecuente la referencia a la dignidad humana, no encuentra esta postura un asidero sólido ni en el texto constitucional ni en los antecedentes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución³². Nogueira, en tanto, sólo reconoce la imprecisión del concepto y señala que es la base de nuestro ordenamiento jurídico. Dicho autor define dignidad como «el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás»³³. A pesar de que este autor no cuestiona la dignidad como fundamento de los derechos, sí señala que «el concepto dignidad humana tiene contornos imprecisos y es de naturaleza polisémica, en permanente proceso de desarrollo, el que requiere de una constante concretización y delimitación»³⁴.

Como elemento no menos importante, Nogueira nos señala que la dignidad de la persona humana en cuanto ligada a la condición humana no puede desconocer la dimensión comunitaria, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, existiendo en un contexto de intersubjetividad que marca las relaciones humanas y el reconocimiento

31 Silva Bascuñán (2000).

32 Aldunate (2008), p. 100.

33 Nogueira (2007), p.33.

34 Ibid., p.37.

de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad. Por lo mismo, para él la dignidad humana tiene una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado³⁵.

Aldunate excluye la pregunta sobre la fundamentación de los derechos humanos del ámbito jurídico, dando una razón 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 desprenden consecuencias normativas, esta es una tarea que se ubica en el campo del trabajo dogmático»³⁶. Un claro ejemplo de un ordenamiento que reconoce y promueve la dignidad humana es el artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn. Para este autor, los elementos mínimos presentes en toda noción de dignidad son la «unicidad», valorándose la existencia individual; las facultades inherentes al ser humano con especial referencia a la racionalidad y libertad; y como condición de reconocimiento³⁷. Considerando estos elementos es que Aldunate define dignidad como «[e]l 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»³⁸. Aldunate cree que es un avance en la evolución de los derechos del hombre que exista consenso acerca del reconocimiento de la dignidad como cualidad inherente a la especie humana, lo que lleva consigo la necesaria atribución de personalidad jurídica, identificándose así a todo individuo como un titular de derechos. Sin embargo plantea su preocupación por cuestiones no resueltas, como su concepto, la posibilidad de fundar en la dignidad la defensa de derechos no consagrados constitucionalmente y su función normativa respecto a los que sí están consagrados en el texto³⁹.

35 Ibid., p. 38.

36 Ibid., p. 96.

37 Ibid., p. 29.

38 Ibid., p. 99.

39 Ibid., p. 99.

3.2. Jurisprudencia nacional en materia de dignidad humana

La revisión jurisprudencial demuestra que los tribunales carecen de un aparato conceptual para abordar normativamente el valor de la dignidad. A partir de distintas sentencias escogidas de los tribunales nacionales⁴⁰, podemos concluir lo siguiente: ningún tribunal se ha hecho cargo de elaborar un concepto de la dignidad humana de forma consistente. En aquellas sentencias en las cuales encontramos dentro de lo resuelto referencias a la dignidad humana, son únicamente meras referencias a ésta como un valor constitucional que debe ser respetado en tanto fundamento de todos los derechos. Ciertamente, si consideramos a la dignidad humana como un valor constitucional, esta cumpliría otras funciones más allá de ser simplemente el fundamento de los demás derechos, desempeñando además una función hermenéutica, puesto que los derechos constitucionales deberán ser interpretados a la luz de la dignidad humana y también tendría un rol decisivo en la determinación de la proporcionalidad de las limitaciones de los derechos humanos.

3.3. Jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en materia de dignidad humana

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene tres referencias explícitas a la idea de dignidad humana, todas ellas en artículos de la Convención (arts. 5º, 6º y 26). Asimismo, el Preámbulo de la Convención se encuentra permeado de alusiones directas que la comprometen con cierta idea naturalista de la dignidad humana en la medida en que los derechos son constantemente definidos como «derechos esenciales del hombre [...] que tienen como fundamento los atributos de la persona humana». El artículo 5º de la Convención⁴¹ vincula de forma directa a la dignidad con el derecho a la integridad personal. Por su parte, el artículo 6º⁴² relaciona la dignidad con la prohibición de la esclavitud y servidumbre. Así, a pesar de la reiteración realizada en el Preámbulo de la Convención Americana según la cual el ideal del ser humano libre sólo puede ser realizado «si se crean condiciones que

⁴⁰ STC Rol N° 1852-2010; Corte Suprema, Rol N° 9265-2010, 15 de julio de 2011, y Corte Suprema, Rol N° 7089-2009, 4 de agosto de 2010.

⁴¹ «Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano».

⁴² «El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso».

permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos»; y, también, a pesar del mismo artículo 26 de la Convención⁴³, la idea explícita de dignidad que se tiene en tal instrumento internacional no aparece vinculada a los derechos económicos, sociales y culturales, sino a los derechos mencionados anteriormente, que forman parte de la llamada tradición de derechos de primera generación⁴⁴. Lo anterior implica que, aunque la dignidad no aparezca vinculada únicamente a la propiedad privada, como era el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sí se siga concibiendo como algo que se agota meramente en el ámbito de lo privado⁴⁵.

Si bien en el artículo 11 de la Convención se consagra una protección explícita a la dignidad, de manera genérica las sentencias de la Corte utilizan como texto positivo para referirse a la dignidad humana el artículo 5 de la Convención, ya que en gran medida se trata de casos de personas privadas de libertad o casos en que se ven afectados sus derechos de primera generación. Esto se ve reflejado en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁶ en la cual declaró por unanimidad que el Estado de Perú es responsable por la violación del derecho a la libertad personal, de las garantías judiciales, de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, así como del incumplimiento de su obligación de garantizar dichos derechos, a través de una investigación efectiva de los hechos, en perjuicio de la señora J. Así, tenemos que como explicación del modo en que la dignidad humana había sido afectada, el tribunal señaló que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana, en violación del artículo 5 de la Convención

43 «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

44 Las denominadas generaciones de derechos corresponde a una clasificación que adopta como criterio de distinción la acción a que está sujeto el Estado en tanto sujeto pasivo de la norma jurídica.

45 Bohórquez y Aguirre (2009), pp. 40-63.

46 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, J. vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 27 noviembre 2013.

Americana. En el presente caso, el Estado no demostró que la fuerza utilizada al momento de la detención fue necesaria. Asimismo, la violencia sexual de que fue víctima la señora J. constituyó también una violación a su derecho a la integridad personal.

Resulta importante destacar la vinculación que hace la Corte en esta sentencia entre la dignidad humana y la integridad personal, al señalar que la violación del artículo 5.2 acarrea la de 5.1; es decir, el sometimiento a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes acarrea consigo la violación de la integridad personal; así mismo ocurre con aquellas personas privadas de libertad que no son tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.

3.4. La dignidad humana en el derecho comparado

Respecto a los aportes del derecho comparado, tradicionalmente nos comparamos con el Tribunal Constitucional español, para el cual «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁴⁷. Quizás el gran referente mundial es el Tribunal Constitucional federal alemán, que ha desarrollado la noción de violación a la dignidad humana como «cualquier regulación de una autoridad pública que ponga en entredicho la calidad o estatus de persona humana por la vía de no respetar el valor intrínseco de cada ser humano por el hecho de ser tal»⁴⁸. Es interesante que la doctrina rechaza, asimismo, la construcción de la dignidad humana sólo como capacidad de autodeterminación, toda vez que la noción misma de dignidad puede conllevar un interés público en que no basta el consentimiento de la persona afectada para no considerarlo una conclusión inapropiada. La Corte Suprema canadiense ha definido dignidad humana como «un sentimiento de respeto y valoración de un grupo o persona acompañado de integridad física y psicológica y del correspondiente empoderamiento»⁴⁹.

47 Fernández, citado por Nogueira (2007), pp. 113 y 114.

48 Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerfGE 30, 1(25); 109, 279 (311).

49 Corte Suprema de Canadá, Law vs. Canadá (Ministro de Trabajo e Inmigración), N° [1999] 1 S.C.R. 497, 25 marzo 1999.

Dentro del contexto latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana, ha hecho uso del concepto de dignidad humana, definiéndolo el año 2002 en el caso acción de tutela interpuesta por once internos del penal Cárcel de Distrito Judicial de Cartagena «San Sebastián de la Ternera», en contra de la empresa Electrocosta SA. ESP, luego de que ésta iniciara una serie de racionamientos energéticos por no pago de cuentas, afectando, entre otros servicios básicos, el sistema de agua potable del penal (a base de bombas eléctricas), de ventilación, etc. En el caso particular, la Corte Constitucional colombiana señaló que «[a]l tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo»⁵⁰.

Resulta relevante destacar el caso de la Corte Constitucional colombiana como una de las pocas excepciones en nuestro continente que ha logrado dar una definición del concepto de dignidad humana que escape de la tautología utilizada por sus pares jurisdiccionales a nivel latinoamericano, logrando fundamentar el concepto en tres ejes: autonomía, condiciones materiales, intangibilidad de bienes no patrimoniales.

4. Contenido esencial del tipo iusfundamental⁵¹

La idea de que los derechos constitucionales son limitados y limitables promovida en este capítulo no significa que estos límites no se encuentran bajo escrutinio. Esta concepción rechaza que los derechos sean absolutos

⁵⁰ Corte Constitucional colombiana, T-881/02, 17 octubre 2002.

⁵¹ Este capítulo solamente aborda de forma genérica la temática del contenido esencial toda vez que ella se trata de manera detallada en el Capítulo IX, dedicado específicamente a esta temática.

y considera que éstos están sujetos a limitaciones⁵². El legislativo y, eventualmente los tribunales, tendrán la tarea de interpretar no solo el derecho constitucional consagrado, sino también la limitación aplicable. Los derechos constitucionales se formulan de una manera que permite los desacuerdos dentro del ámbito de protección. Por ejemplo, podemos ponernos de acuerdo sobre el derecho a la vida en un nivel alto de abstracción, pero podemos estar en desacuerdo sobre el aborto terapéutico como una aplicación concreta. En este modelo, los derechos y libertades sólo pueden ser limitados por los criterios que satisfagan las razones de fondo.

El desafío es cómo una democracia constitucional se ocupará de los desacuerdos alrededor de los derechos fundamentales. Conceptualizada por los profesores Pablo Contreras y Gonzalo García como «la garantía general prevista en la Constitución, que protege todos los derechos fundamentales, limitando sustantivamente la actividad reguladora del legislador al impedir que su intervención desconozca, restrinja severamente o desnaturalice el ámbito constitucionalmente cautelado de un derecho»⁵³.

Si las normas de limitación están destinadas a ser utilizadas por el legislador, se consideran cláusulas de limitación mediatas. Es el caso de la libertad de movimiento en el orden constitucional chileno, contenida en el artículo 19 N° 7, cuya única referencia a una limitación es que debe ser establecida por la ley. En este caso, la cláusula debe ser entendida como una reserva legal de la creación de facultades legislativas para establecer los límites. Hay otros derechos que se construyen sobre un ámbito normativo que incluye condicionantes internas que lo califican. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 13 establece el derecho de reunión sin permiso, pero sólo si los participantes acuden a ella «pacíficamente y sin armas». Ambas son características del derecho de reunión *prima facie*. Si no estaba claro si los miembros de una asamblea concurren a ella desarmados o si la reunión es pacífica, tendría que haber una ponderación entre el interés protegido por la libertad de reunión y la interpretación de la cláusula de limitación que exige que la reunión sea pacífica y sin armas. Por último, el artículo 19 N° 14 contiene el derecho de presentar peticiones ante la autoridad sólo si las peticiones son presentadas en términos «respetuosos y convenientes» en que se produce la misma situación ya descrita para el ejemplo anterior.

52 Para el desarrollo del tema de que los derechos no son absolutos sino que requieren de límites, de delimitación y de configuración legal, véase el Capítulo VI.

53 García y Contreras (2014), pp. 185-188.

En Chile, la Constitución de 1980 adoptó el modelo de un núcleo esencial del derecho como un límite a las limitaciones en el artículo 19 N° 26 de la Constitución. Aldunate destaca cómo de la interpretación realizada por los jueces del significado de la esencia fundamental de los derechos fundamentales en Chile se desprende que ellos parecían no ser conscientes de los desarrollos doctrinales y debates en Alemania y España⁵⁴. Un ejemplo de la esencia fundamental del derecho como un método de interpretación en las manos de los jueces se observa en la reciente modificación al Código del Trabajo a fin de establecer una nueva categoría de las infracciones en las que el empleador podría afectar el núcleo esencial de los derechos de los empleados. Ello parece una imprecisión técnica toda vez que el tipo iusfundamental se construye dogmática y jurisprudencialmente sobre la base de la norma constitucional, y no se jerarquiza como lo asume el ejemplo laboral chileno⁵⁵.

En Chile, la Constitución de 1980 optó por las cláusulas de limitación específicas. Por ejemplo, el artículo 19 N° 6 garantiza la libertad de conciencia y de religión y establece una cláusula de restricción que limita las actividades de los «cultos que se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público». La interpretación inicial del alcance de la protección de los derechos constitucionales de libertad de religión y libertad de conciencia está en manos del legislador. Pero frente a un caso concreto, el tribunal tendrá que interpretar la cláusula de limitación con el fin de ver si la limitación está justificada. A continuación, la optimización de la «moral», «buenas costumbres» y «orden público» se tendrán en cuenta. Todas estas intervenciones a los derechos pueden ser directas o indirectas. Una intervención se puede calificar de indirecta y, en cierta medida, menor, cuando no se afecta en esencia el contenido del derecho y se impone para buscar resguardar otro bien jurídico y que todos puedan ejercer sus derechos. En esa línea, la libertad de opinión y de información se consagran «sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades» (art. 19 N° 12, inc. 1°). Por el otro lado, un derecho fundamental puede ser intervenido en su ejercicio, aun directamente, si la intervención existe para salvaguardar otro derecho fundamental igualmente garantizado y que se representa por aquellos valores que se estima que deben ser respetados, como la moral, el interés

54 Aldunate (2008).

55 Código del Trabajo, artículo 495, inciso 3°.

nacional, las buenas costumbres, la seguridad pública o del Estado. Por ejemplo, la libertad de enseñanza «no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional» (art. 19 N° 11, inc. 2°).

4.1. Doctrina nacional en materia de contenido esencial

En cuanto a la doctrina nacional, se analizará la obra de Aldunate y de Nogueira. El primero de ellos realiza un exhaustivo estudio histórico sobre el origen y evolución del concepto de contenido esencial, remitiéndose a autores tales como M. Wolff, L. Waldecker, Carl Schmitt, F. Klein, llegando al autor contemporáneo Robert Alexy⁵⁶. Nogueira, por su parte, realiza una clasificación del contenido esencial, analizado desde la perspectiva de las limitaciones a los derechos. Además, destaca retóricamente el carácter comunitario en el ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁷.

Respecto del caso chileno, Aldunate también hace una interesante referencia a la doctrina nacional del siglo XIX, citando a Jorge Huneeus, quien se habría acercado, sin mencionarla expresamente, a la noción de contenido esencial de los derechos fundamentales: «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»⁵⁸. Un gran hito en la difusión del concepto de contenido esencial en el constitucionalismo occidental sería su inclusión en la Ley Fundamental de Bonn, como garantía de carácter general.

Por su parte, Nogueira se refiere al contenido esencial de los derechos fundamentales⁵⁹ como una tarea básica para su eventual limitación y su examen constitucional. Aquella es una tarea realizada por el

⁵⁶ Aldunate (2008), pp. 261 y ss.

⁵⁷ Nogueira (2003), pp. 245 y ss.

⁵⁸ Huneeus Zegers (1879-1880), Vol I, p. 101.

⁵⁹ Nogueira (2003), p. 245 y ss.

constituyente, que fija el «núcleo indisponible» del derecho, o bien por el legislador, cuando complementa el contenido esencial autorizado por la misma norma constitucional que establece el derecho. Los derechos fundamentales se ejercen en la convivencia societaria y por lo mismo no son sólo un asunto de interés individual, sino que también, para Nogueira, «comunitario»⁶⁰. La delimitación del contenido esencial estaría dada por dos elementos: la determinación del ámbito de la realidad al que se alude; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional. Esta tarea debe realizarse mediante una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución, lo que limitaría el derecho en sus límites intrínsecos, vale decir, aquellos que dependen de su propia naturaleza. De esta forma, Nogueira adopta una interpretación no evolutiva de la Constitución. Siguiendo en la línea de los límites, Nogueira distingue límites internos y límites externos del derecho. Los límites internos serían aquellos que permiten determinar el contenido del derecho, intrínsecos al mismo, que forman parte de la norma que asegura el derecho fundamental. Serían «posiciones de no derecho». Los límites externos o intervenciones son normas de carácter infraconstitucional que modifican algunos de los elementos configurados en los derechos, mediante la acción legislativa en un marco de competencia definido por la misma norma constitucional. Se establece otra clasificación según la cual los límites pueden ser explícitos o implícitos. Los explícitos son señalados por la misma Constitución, son bienes o intereses reconocidos y protegidos a nivel constitucional que por lo tanto pueden limitar derechos constitucionales. Serían implícitos o immanentes aquellos que derivan de la necesaria protección de otros bienes o derechos constitucionalmente asegurados. Estos límites se justifican por la necesidad de armonizar los derechos con todos los demás contenidos en los Pactos Internacionales ratificados por Chile y vigentes y en los establecidos por la Constitución formal; por lo tanto, no se trata de bienes jurídicos contenidos en normas infra-constitucionales. Se justifican también porque la Constitución constituye un todo sistemático y unitario, lo mismo que el sistema de derechos fundamentales o esenciales. Esta limitación exterior al derecho se refiere al límite constitutivo del derecho y no al carácter declarativo del límite ya preexistente⁶¹.

60 Nogueira (2003).

61 Nogueira (2003), p. 248.

4.2. Jurisprudencia nacional en materia de contenido esencial

Sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia nacional es posible afirmar que los tribunales superiores de justicia se han pronunciado intentando construir el núcleo esencial de determinados derechos fundamentales. Así, en una sentencia de protección que conoció la Corte de Apelaciones de Santiago⁶² contra Gendarmería de Chile, por destituir a través de un sumario administrativo a una funcionaria que se encontraba embarazada y con licencia médica por síntomas de parto prematuro. Determinó que «los derechos tutelares de la maternidad corresponden a mínimos garantizados que –en coherencia con las obligaciones asumidas a nivel internacional y en ese carácter elemental– cabe reconocer a toda madre trabajadora del sector público, incluyéndose en ello los casos en que los servicios terminen como consecuencia de una medida de destitución aplicada en un sumario administrativo afinado. Resolviendo finalmente que sí existe una posibilidad alternativa para que la destitución pueda llevarse a cabo, sin que ello importe dañar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de la madre y del hijo neonato. En ese ejercicio de ponderación, ha de concluirse que las funciones o fines de orden disciplinario deben replegarse en beneficio del derecho que ha de prevalecer en este caso, es decir, el que cautela la maternidad, en cuanto inspirado en la conservación de los ingresos de la mujer, de manera de garantizarle durante dicho periodo la estabilidad económica y emocional que resulta imprescindible, del modo que más adelante se especifica [sic]».

El Tribunal Constitucional se refiere a menudo a la esencia fundamental de los derechos de una manera retórica. En la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541-2006, el Tribunal se refirió a una doctrina «establecida» de la forma en que el núcleo esencial de los derechos fundamentales puede ser reconocido. Los requisitos que deben llevarse a cabo con el fin de no limitar el núcleo esencial son: (1) se establezca en el texto constitucional, (2) la limitación debe ser establecida por igual para todas las personas afectadas, (3) la limitación debe tener un marco de tiempo, y (4) la limitación debe establecerse sobre la base de parámetros justos y razonables. Otro ejemplo de este «uso retórico» del Tribunal es la sentencia Rol N° 976-2007, referida al derecho a elegir un sistema de salud. El uso de la esencia fundamental del derecho por

62 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9557-2012, de 26 de julio de 2012.

el Tribunal se describe como «la situación en la que se la persona se ve privada de un derecho o de aquello que es consustancial a él de una manera que el derecho ya no puede ser reconocido».

Por otra parte, el Tribunal Constitucional⁶³ chileno también ha intentado definir hasta qué punto se puede limitar un derecho sin afectar su núcleo esencial, señalando los requisitos que debe tener esta limitación. Sin embargo, el Tribunal no ha definido los elementos que formarían parte de este núcleo. Así queda demostrado en un caso que dice relación con el derecho al respeto de la vida privada, donde ha fallado: «el derecho al respeto a la vida privada y a la protección de las comunicaciones de la misma naturaleza no tiene, como es evidente, carácter absoluto, encontrándose el legislador habilitado para regular su ejercicio, sujetándose, eso sí, a lo que dispone la propia Carta Fundamental, que le impide, al hacer uso de sus atribuciones, afectar el derecho en su esencia, imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio o privarlo de la tutela jurídica que le es debida»⁶⁴. Del mismo modo, se ha sostenido que «se permiten limitaciones al derecho a la privacidad en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior»; de modo tal que «en vista de una finalidad fundada y razonable, el ordenamiento jurídico chileno contempla la posibilidad de que el derecho a la privacidad esté afecto a limitaciones legales».

4.3. La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en materia de contenido esencial

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «CIDH») no ha abordado sistemáticamente el concepto de contenido esencial de los derechos humanos. Es más profundo su trabajo en torno a la delimitación del contenido de cada derecho. Por ejemplo, sobre el derecho a la vida, la CIDH ha dicho que «el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones

⁶³ STC Rol N° 1732-10, de 19 de mayo de 2010.

⁶⁴ STC Rol N° 433-05, de 25 de enero de 2005, cons. 28°.

que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él»⁶⁵. La sentencia avanza a la determinación del contenido esencial del derecho referido, sin hacer referencia a lo que entiende por contenido esencial; dicho de otro modo, omite señalar con anterioridad qué es para ella el contenido esencial de un derecho. Sin embargo, de la sentencia se desprenden consecuencias importantes. En primer lugar, la Corte se aleja de una concepción exclusivamente biológica del derecho a la vida, para complementarla con un aspecto material: el derecho a la vida no es tal sino en virtud de que todas las personas tengan acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Luego, la Corte va incluso más allá, señalando que es deber de los Estados proporcionar aquellas condiciones e impedir que sus agentes atenten contra el derecho, es decir, que obstaculicen la creación de las condiciones materiales para que el derecho a la vida se desarrolle como tal. Este segundo aspecto demuestra que para la CIDH la garantía de los derechos humanos no consiste en meras abstenciones por parte de los Estados, sino que requiere de acciones positivas en la dirección descrita, para de tal forma resguardar el contenido esencial de cada derecho.

Ahora bien, podríamos estimar que la CIDH ha incorporado exigencias a las limitaciones a derechos fundamentales asimilables a lo que, según lo dicho, sería una cláusula de limitación general. Esto, sin perjuicio de las condiciones específicas aplicables a cada derecho consagrado. En el caso de la libertad de expresión, consagrada en el artículo 13 de la Convención, el *Informe de la Relatoría sobre Libertad de Expresión* realizado en 2009, estableció que toda limitación, para considerarse legítima, debe cumplir con ciertas condiciones. En este sentido, por regla general, las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de las sociedades democráticas conforme lo estipulan el artículo 29 y 32 de la Convención Americana. Posterior a esto se analizan las condiciones específicas derivadas del artículo 13.2, que establece un test tripartito que incluye un examen de proporcionalidad. Por ejemplo, para establecer una limitación en nombre del «orden público», el tribunal ha señalado que «el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una

65 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de Fondo, Serie C N°3, de 19 de noviembre de 1999.

sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones [...] La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia»⁶⁶. Por lo tanto, al imponer una restricción es necesario demostrar que el concepto de «orden» que se está defendiendo no es autoritario, sino un orden democrático.

4.4. Lecciones del derecho comparado en materia de contenido esencial

Para el Tribunal Constitucional español, la decisión reciente más importante de la doctrina de la esencia fundamental del derecho es del año 2000, la que agregó un criterio complementario de la limitación basada en la dignidad humana. Esto, en opinión de la Corte, se estructura principalmente a través de documentos internacionales y es una limitación diferente a la de la esencia de los derechos. El modelo avanzado de la sentencia puede ser representado por círculos concéntricos, donde en el primer círculo está la dignidad humana, el segundo círculo más amplio que es la esencia de un derecho fundamental, y el tercero, el contenido normativo de ese derecho en el ordenamiento constitucional. Las consecuencias de esta evolución jurisprudencial de la Corte han sido ampliamente debatidas en España. El Tribunal Constitucional de ese país también ha adoptado, como un criterio independiente de la proporcionalidad, el que todo acto estatal que limite derechos fundamentales debe ser proporcional y en lo posible no afectar la esencia del derecho. Una diferencia inicial al principio de la proporcionalidad es que la esencia de un derecho sólo puede ser una limitación para el legislador si la Constitución lo permite.

La aplicación jurisprudencial del concepto de núcleo esencial de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional colombiana, en el difícil contexto de aplicación de la Constitución Política de 1991, marcado en sus primeros años por el conflicto armado que ha enfrentado en dicho país a grupos guerrilleros, paramilitares y al Ejército, ha necesitado recurrir a la construcción de una Tipicidad de los Derechos Fundamentales en casos especialmente sensibles. El año 1993, la Corte Constitucional colombiana falló el caso de revisión de constitucionalidad del Decreto 1812 del 9 de noviembre de 1992,

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Serie A N° 5, de 13 de noviembre de 1985, párr. 69.

«Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones». El decreto en cuestión, dictado el 8 de noviembre de 1992 por el Gobierno Colombiano, en el contexto de un estado de excepción constitucional (estado de conmoción interior en todo el territorio nacional), establece, entre otras medidas cuestionadas, la prohibición de difundir a través de medios de comunicación social comunicados, entrevistas o acciones en directo de agrupaciones guerrilleras, y sanciones de multas y cancelación de frecuencias y permisos en caso de contravención. Señaló la Corte en dicha oportunidad que «La CPE Colombiana establece que no se podrán suspender los derechos fundamentales ni aún en estado excepción constitucional (art. 93). Ahora bien, cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no puede aducirse que se está violando de plano tal derecho. En este orden de ideas, la Constitución es clara en afirmar que los derechos humanos durante los estados de excepción constitucional –como es el caso de la Conmoción Interior que nos ocupa–, no podrán suspenderse, pero no dice que no podrán restringirse. De hecho, la no suspensión es una advertencia del constituyente para salvaguardar el núcleo esencial de los derechos, pero tácitamente se está reconociendo que justamente la crisis institucional implicará ciertamente un menor goce de los derechos»⁶⁷.

Es evidente de la sola lectura de esta sentencia que existe una construcción teórica más acabada de la tipicidad de los derechos fundamentales, específicamente del núcleo esencial. Aun así, estimamos que la base ideológica que fundamenta la definición de núcleo esencial de los derechos fundamentales en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, esto es, la doctrina del derecho natural racionalista⁶⁸, resulta antidemocrática en cuanto deja al arbitrio de la Corte la determinación de unos supuestos derechos anteriores al derecho positivo. Tal situación se expresa, por ejemplo, en la interpretación que hace la Corte Constitucional en cuanto al ejercicio de la libertad de informar, en el caso del control al decreto de 1992 en estado de excepción constitucional. En el mejor de los casos, dicha determinación del núcleo esencial debería remitirse necesariamente a la decisión previa de un órgano democrático, como es en este caso la Asamblea Nacional

67 Corte Constitucional colombiana, C-033-093, 8 de febrero de 1993.

68 Corte Constitucional colombiana, T-406/92, 5 de junio de 1992.

Constituyente (situación que sí ocurre en el voto disidente de dicha sentencia; sin embargo, presentaría problemas en el caso chileno, por la falta de legitimidad democrática del proceso de dictación y vigencia de la Constitución de 1980).

5. Penumbra del tipo iusfundamental

El ámbito de protección de un derecho está determinado por la sociedad política que establece la Constitución. Su legitimidad depende de haber logrado recabar aquellos bienes más preciados en la sociedad para convertirlos a través del tipo ius fundamental en derechos. Estos valores constitucionales deberán ser garantizados en su ejercicio individual y colectivo. La necesidad de un ámbito fuera del contenido esencial se justifica en la necesidad de dotar al derecho de un espacio en que es posible establecer condiciones a su consagración. En la penumbra será posible establecer las razones por las cuales legítimamente podría limitarse el ejercicio de un derecho constitucional.

5.1. Doctrina nacional en materia de penumbra del tipo iusfundamental

Aldunate plantea que el constituyente de 1980 fue «poco sistemático» al emplear expresiones que se pueden asociar a la idea de límites, limitaciones, restricciones; las cuales asociamos con la idea de *penumbra*. Justamente, por esta carencia, señala que se debe realizar un «tratamiento muy prolijo a fin de evitar la pérdida de la función normativa que cumplen en el respectivo ámbito normativo de cada derecho»⁶⁹. Es así como, a continuación de esta prevención, nos propone una sistematización de los conceptos mencionados, que son distintas a las llamadas cláusulas habilitantes de intervención. Para el autor, hay que hacer básicamente dos distinciones. La primera es separar, como categorías distintas, las *libertades* de los *derechos en sentido estricto*. La segunda es el eje que «enfrenta al contenido protectivo con las demás posibilidades de ejercicio de libertad y que es relevante para determinar el concepto de regulación»⁷⁰. Así, en relación con la primera, la libertad como «facultad de obrar» sería un concepto independiente del ordenamiento jurídico, siendo entonces el concepto *límites* el que se utilizará en el ámbito de las libertades, correspondiendo al «borde exterior del ámbito de protección

69 Aldunate (2008), p. 243.

70 Ibid., p. 244.

iusfundamental de un universo abierto de posibilidades de actuación, forman parte de la definición del respectivo tipo iusfundamental»⁷¹. En los derechos –en sentido estricto– sería otro concepto el utilizado: «En cambio, en los derechos, el contorno de la protección iusfundamental está dado por el propio ordenamiento jurídico, por lo que éste es, siempre, *delimitación* del respectivo derecho»⁷². Al decir de Nogueira, «todo derecho, en este sentido, es limitado ya que ampara el contenido del derecho garantizado constitucionalmente»⁷³. Podemos apreciar que, los conceptos *límites* y *delimitación* no hacen alusión directa al concepto de penumbra como lo entendemos (esto es, el ámbito del derecho que es legítimo restringir por la autoridad competente, en razón de, por ejemplo, conciliar el ejercicio de los derechos en caso de colisión). Aquí nos parece que el autor plantea ambos conceptos como el límite del rango de acción sustentado por el ordenamiento jurídico para las libertades y los derechos en sentido estricto. Dejando aún más claro el concepto *delimitación*, explica en su nota al pie que debe ser entendido «como reducción, en el plano normativo, de un ámbito potencial conceptualmente abierto»⁷⁴. Según Nogueira –que parece coincidir en términos generales con el concepto expuesto por Aldunate–, la delimitación de los derechos tiene importancia práctica; así estima que «es esencial delimitar el contenido del derecho para saber cuándo se está limitando el derecho, y si esta limitación es constitucional»⁷⁵.

En cuanto a la segunda distinción, es la que determina para el autor el concepto de *regulación*. La característica fundamental o esencial de este concepto «es que no disminuye el universo de posibilidades cubiertas por el contenido protectivo de la respectiva libertad fundamental [...] sino que simplemente condiciona el modo de su ejercicio»⁷⁶. Así, ejemplifica lo dicho con el derecho a trasladarse de un lugar a otro de la República. Señala que las alegaciones que estimen que el «límite máximo de velocidad en carreteras, o la imposibilidad de acceder a determinados lugares usando cierto tipo de transportes específicos» son limitaciones impuestas a este derecho, son erróneas. El autor basa

71 Ibid., p. 243.

72 Ibid., p. 243.

73 Nogueira (2003), p. 247.

74 Aldunate (2008), p. 243.

75 Nogueira (2003), p. 245.

76 Aldunate (2008), p. 244.

esta aseveración en que «el derecho a trasladarse de un lugar a otro de la República tiene como contenido protectivo que a nadie se le impedirá dicho traslado; *pero no se extiende a los modos específicos en que dicho traslado pueda efectuarse*»⁷⁷. En efecto, al señalar los modos en que se puede o no realizar el traslado, sólo está condicionando el modo de ejercicio de la libertad de circulación, por lo que sería entonces una *regulación*.

Aldunate pareciera coincidir en general con Nogueira acerca del concepto de regulación, y este último comparte también lo dicho por el Tribunal Constitucional, en cuanto regular significa, en grandes términos, establecer el cómo puede llevarse a cabo una actividad mediante su reglamentación⁷⁸. Complementa Nogueira lo dicho, expresando que la regulación de las condiciones en que se deben ejercer los derechos realizada por el legislador, tiene límites, y éstos son los dispuestos en el artículo 19 N° 26 de la Constitución⁷⁹, y que cuando ésta permita a los órganos colegisladores llevar a cabo la regulación, «les confiere una potestad para establecer formalidades, procedimientos y modalidades de ejercicio, sin que ellos puedan afectar la delimitación del derecho formulada por el Constituyente»⁸⁰.

Cabe mencionar que Aldunate desestima los derechos de terceros como límites «inmanentes» de los derechos fundamentales, ya que en relación con el sentido y extensión de aquella teoría y el derecho constitucional en vigencia, la utilidad de ese lenguaje «carece de fundamento o utilidad dogmática en nuestro ordenamiento constitucional [...]»⁸¹. En cuanto a colisiones entre derechos fundamentales, el autor estima que la solución al conflicto debe ser obtenida desde el ordenamiento 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»⁸². Así, al estar los derechos en pugna consagrados en la constitución, poseen la misma jerarquía, y ésta no prefiere a uno sobre otro en

77 Ibid., p. 244.

78 STC Rol N° 167-93, citada por Nogueira.

79 Es decir, «no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio».

80 Nogueira (2003), p. 251.

81 Aldunate (2008), p. 256.

82 Ibid., p. 278.

su aplicabilidad⁸³. La necesidad de establecer una penumbra de los derechos en conflicto surge en vista de la búsqueda de un remedio para éste mismo; en virtud del argumento formulado desde el punto de vista de jerarquía normativa constitucional, se ha de encontrar la solución del caso concreto en el ordenamiento infraconstitucional.

5.2. Jurisprudencia nacional en materia de penumbra del tipo iusfundamental

En materia de limitaciones a los derechos, el Tribunal Constitucional ha fallado en la sentencia Rol N° 2299-2014⁸⁴ un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁸⁵, respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley 17.288, sobre monumentos nacionales. Las normas aludidas, en este caso, facultan al Consejo de Monumentos Nacionales para solicitar, al ministro de Educación, que declare la ampliación de la zona típica del sector costero de Isla Negra⁸⁶ para efectos de mantener el carácter ambiental y propio del lugar, imponiendo limitaciones para las nuevas construcciones a realizarse en la zona. Así, hacia el futuro se requerirá la autorización previa del Consejo de Monumentos Nacionales, «la que sólo se concederá cuando la obra guarde relación con el estilo arquitectónico general de dicha zona, de acuerdo a los proyectos presentados»⁸⁷. Según la empresa, la actuación del Consejo de Monumentos Nacionales y la amenaza de que el ministro de Educación acceda a la ampliación de la zona típica solicitada, aparte de constituir actos ilegales y arbitrarios, afecta un inmueble de su propiedad, adquirido con el objeto de desarrollar un proyecto habitacional, amenazando a la constructora en sus derechos consagrados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política. El voto por rechazar el requerimiento⁸⁸ desarrolla una serie de argumentos, dentro de los cuales

83 Se debe tener en cuenta que existen ciertas posturas que estiman que la Constitución sí establece preferencias apriorísticas en su catálogo de derechos; incluso llegando a establecer que el orden de prelación sería el numérico.

84 STC Rol N° 2299-12.

85 En la causa sobre recurso de protección caratulada «Constructora Santa Beatriz S.A. con Consejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación», pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 25.159-2012.

86 Lo que se llevó a cabo mediante oficio ordinario del Consejo de Monumentos Nacionales N° 2844/2012, de 13 julio 2012.

87 Ley 17.288 de 1970.

88 Redactado por la ministra Marisol Peña Torres.

se encuentran los siguientes: La Constitución reconoce finalidades no individualistas de la propiedad y de los derechos del propietario sobre la misma, imponiendo así deberes y responsabilidades a su titular, que cuando buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, constituyen la función social de la propiedad. Estas limitaciones deben dejar subsistente el derecho en sus facultades esenciales. Por otro lado, el artículo 19 N° 8 de la Constitución contiene el fundamento de la facultad que se confiere al legislador para establecer limitaciones y obligaciones que favorezcan la conservación del patrimonio ambiental en razón de la función social.

Además, para que una limitación al derecho de propiedad sea constitucionalmente irreproachable, debe respetarse un adecuado equilibrio entre derecho de propiedad privada y otros derechos fundamentales, el principio de igualdad y el de proporcionalidad. Así, sólo una limitación o regulación de gran magnitud puede constituir una privación de la propiedad. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta⁸⁹. Cabe mencionar además que la pretensión de la requirente *colisiona* también con el deber que la Constitución impone al Estado de proteger e incrementar el patrimonio cultural de la Nación conforme ordena el artículo 19 N° 10. Finalmente, se rechaza el requerimiento, por haberse producido empate de votos, no alcanzando la mayoría exigida por el artículo 93 N° 6 de la Constitución.

Otro ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2513-14⁹⁰, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, en la parte que limita el derecho a indemnización pecuniaria sólo a aquellos casos en que se prueba lucro cesante o daño emergente⁹¹. La actora exige una indemnización

89 «En esta línea de razonamiento creemos que la respuesta fluye con expedición, pues la conservación del patrimonio ambiental del país y también de su patrimonio cultural, como fundamentos de la ampliación de la Zona Típica de que se trata, conduce inequívocamente a sostener que, en la especie, se ha configurado una limitación legítima al ejercicio del derecho de propiedad de Constructora Santa Beatriz, tanto en virtud de la función social de la propiedad como de la necesidad de proteger el patrimonio cultural de la Nación». STC Rol N° 2299-14, cons. 17° del voto de la Ministra Peña, párr. 2°.

90 STC Rol N° 2513-13.

91 La demandante en el juicio civil de indemnización de perjuicios (Juzgado de Letras de Casablanca, Rol N° C-1216-2001, caratulado «Fischmann con Hidalgo»), y requirente de inaplicabilidad, es socia del emprendimiento

pecuniaria por daño moral; el demandado se ampara en el artículo 2331 impugnado para solicitar el rechazo de la demanda. Finalmente se acoge el requerimiento. Nos interesa destacar el voto en contra del ministro Gonzalo García Pino, ya que desarrolla lo que sería, según su opinión, una restricción permitida al derecho a la honra, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución. Así, esgrime que es fundamental determinar el contenido mínimo del derecho, para verificar si la norma del Código Civil contraviene su contenido esencial o no. «La pregunta que cabe hacerse en abstracto *es si la restricción a la indemnización del daño moral es una vulneración del contenido esencial [...]*»⁹² para terminar sosteniendo que no se ha afectado la construcción dogmática del contenido esencial efectuada por el Tribunal Constitucional. «El derecho a la honra de una persona sigue existiendo en sus elementos nucleares [...] y en pro de una conciliación constitucional con la libertad de expresión el legislador excluyó este tipo de resarcimiento pecuniario por daño moral»⁹³. Aquí nos parece que el ministro lleva a cabo un buen ejemplo de cómo resolver una colisión de derechos, en virtud de la existencia de una penumbra del derecho. Así declara que no se estaría afectando el contenido esencial del derecho a la honra, ya que sin indemnización, se mantendría incólume su núcleo duro, y el ámbito que cede lo hace en virtud de armonizar con la libertad de expresión.

En los tribunales ordinarios, nos ha parecido importante destacar la sentencia dictada en la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 29238, en causa n° 640/2014 (de recurso civil)⁹⁴. Consideramos que una breve exposición de los hechos es necesaria para el buen entendimiento de lo resuelto⁹⁵. Estimamos que las normas en conflicto

inmobiliario San Alfonso del Mar; señala la actora que el demandado, Luis Hidalgo Sersich, es un dirigente vecinal que formula periódicamente denuncias referidas al proyecto inmobiliario, imputando actos de corrupción, tráfico de influencias e irregularidades a través de un sitio web.

92 STC Rol N° 2513-14, cons. 13° del voto en contra del ministro García.

93 STC Rol N° 2513-14, cons. 14° del voto en contra del ministro García.

94 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 29238, de 17 de febrero de 2014.

95 Los hechos que dieron lugar a la resolución judicial son los siguientes: «Alrededor de las 22:00 horas del día lunes 20 de enero de 2014, los recurridos procedieron, sin autorización, a escalar la chimenea de la Batería de la Planta de Coque instalándose a unos 75 metros de altura, proclamando que permanecerán allí indefinidamente, en forma de protesta. La recurrente estima que la acción imprudente y temeraria que están llevando a cabo los recurridos

en la presente causa serían principalmente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica –visto el 19 N° 1 de la constitución desde una dimensión objetiva tradicional– y la denominada «obligación de seguridad» propia del ámbito laboral⁹⁶, la colisión de derechos fundamentales se produciría con la autodeterminación como elemento de la dignidad humana, y el derecho al desarrollo de la personalidad. Aquí la Corte de Apelaciones de Concepción establece que resulta «paradójico que quien interpone la presente acción constitucional, Huachipato S.A., lo dirija en contra de los titulares del mismo, solicitando la adopción de medidas que pongan término al acto riesgoso [...]»⁹⁷. Prosigue afirmando que, excepcionalmente los tribunales permiten esta última situación, cuando el *riesgo vital es inminente* y siempre que el actor tenga algún *rol de cuidado* de la persona de que se trata. En el considerando 4º, señala el tribunal de alzada que coincide con Nogueira, quien, en su obra *El Derecho a la Vida* comenta que «no puede confundirse el derecho del ser humano a la vida o a vivir con el inexistente derecho sobre la vida [...]»⁹⁸. En consonancia con lo anterior, señala que la vida como un bien jurídico constitucionalmente protegido, más allá de su perspectiva como derecho individual, obliga al Estado a protegerlo incluso respecto de la propia voluntad de las personas, pero que sin embargo, esta concepción debe armonizarse con el derecho al *desarrollo de la personalidad de cada individuo*, manteniéndose dentro de él las acciones autónomas que comprometen el ámbito individual del titular. Esto conlleva al necesario respeto hacia «la decisión libremente adoptada que no afecta los derechos de terceros. Una vida digna supone el desarrollo de un proyecto de vida por parte de su titular, que debe ser respetado. [...] así vida y libertad forman la infraestructura sobre la cual se cimienta la

pone en grave riesgo su vida e integridad física, amén de afectar seriamente el funcionamiento de la empresa por la conmoción que su conducta produce en el resto de los trabajadores[...] Los recurridos señalan que es efectivo lo señalado, sin embargo que debido a las condiciones de la plataforma, los elementos necesarios para la vida que poseen y las condiciones del clima, el riesgo para su vida y salud es mínimo, que si bien es cierto existen emanaciones de gas CO2 esporádicas, están al aire libre, circulando estos sin causarles mayores inconvenientes. Tienen además en uso los arneses y medidores de gases tóxicos que les proveyera la empresa».

96 Contenida principalmente en el artículo 184 del Código del Trabajo.

97 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 29238, de 17 de Febrero de 2014, cons. 3°, párr. 1.

98 Nogueira (2007), p.7

dignidad humana»⁹⁹. La Corte, a través del redactor del fallo ministro Rodrigo Cerda, señala entonces que la colisión de derechos se reduce al respeto de la decisión de una persona adulta, «en pleno goce de sus capacidades volitivas», con la protección que el Estado debe brindar al titular del artículo 19 N° 1 de la Constitución, en relación con su derecho a vivir y a cautelar su integridad física. En consecuencia, se debe determinar jurisdiccionalmente «hasta dónde debe respetarse esa libertad y hasta dónde es admisible la intervención del Estado a favor del derecho a la vida»¹⁰⁰. Además, esgrime que en este caso específico, el nivel de riesgo que conllevan los actos de los recurridos para su vida e integridad –sólo *potencial* y no *inminente*–, atendidas las medidas de seguridad adoptadas, «no es suficiente para desplazar el principio de autonomía de la persona o libre desarrollo de la personalidad, componente de su dignidad humana [...]»¹⁰¹. Es interesante cómo el ministro redactor analiza la estructura de los derechos en colisión y luego efectúa el análisis del caso respectivo, en que mediante una ponderación determina que, si bien abstractamente puede afirmarse que el derecho a la vida tiene un peso mayor que el de la libertad de acción, «en razón de las restricciones que se pretenden, la conclusión varía, pues el grado de afectación del derecho a la vida, en el caso específico de que se trata, no tiene la entidad suficiente para legitimar una restricción intensa de la libertad de acción y de expresión»¹⁰². Ello implica, entonces, construir la penumbra del respectivo derecho.

5.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de penumbra del tipo iusfundamental

Tras realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es necesario señalar que en la jurisprudencia de la Corte no se usa la nomenclatura «penumbra» para el tipo ius fundamental, sino que habla de restricciones o limitaciones posibles. Se hace referencia, asimismo, al artículo 30 del Pacto San José de Costa

 99 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 29238, de 17 de Febrero de 2014, cons. 4°, párr. 8.

100 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 29238, de 17 de Febrero de 2014, cons. 6°, párr. 3.

101 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 29238, de 17 de Febrero de 2014, cons. 6°, párr. 4.

102 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 29238, de 17 de Febrero de 2014, cons. 6°, párr. 5.

Rica, el cual señala los requisitos y el marco posible de limitación, construyendo por defecto el ámbito de la penumbra de los derechos contenidos en el catálogo.

Es posible observar cómo la Corte se ha pronunciado generalmente de modo indirecto sobre la penumbra de algunos derechos fundamentales, específicamente respecto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En una sentencia del año 2003, la Corte Interamericana ha señalado en materia de seguridad social que «si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante «Protocolo de San Salvador») sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana»¹⁰³. La Corte por tanto utiliza una cláusula de limitación general para establecer la esencia del derecho y por defecto construye la penumbra.

5.4. Lecciones del derecho comparado en materia de penumbra del tipo iusfundamental

La regulación constitucional del derecho a la salud en Colombia se encuentra en el artículo 49 y la Corte Constitucional se ha referido en numerosos casos de jurisprudencia reciente al derecho a la salud¹⁰⁴. Esto, con el objeto de abordar aspectos comunes del derecho, así como de unificar la jurisprudencia al respecto, fallando en un mismo sentido causas similares. La Corte Constitucional colombiana ha

103 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Cinco Pensionistas» vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 98, de 28 de febrero de 2003.

104 Corte Constitucional colombiana, T-760-08, de 31 de julio de 2008.

protegido el derecho a la salud por tres vías¹⁰⁵. Un aspecto interesante en el tratamiento que la Corte Constitucional colombiana hace de los derechos fundamentales está dado por el concepto de «dignidad humana». Ésta ha de ser apreciada en el contexto en que se encuentra cada persona, dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema¹⁰⁶.

Para el caso que se expone, resulta importante destacar que la Corte ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud es un derecho fundamental, de manera autónoma, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, tanto en la Constitución misma, el bloque de constitucionalidad, leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud colombiano y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Por lo tanto, el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es un derecho fundamental autónomo. Así, una negación de los servicios de salud contemplados en el Programa Obligatorio de Salud (POS) es, para la Corte, una violación del derecho fundamental a la salud. Es notable el exhaustivo tratamiento que la Corte Constitucional colombiana hace del derecho a la salud, analizando su concepto, su contenido, su regulación por tratados internacionales, por el Comité de Derechos Económicos y Sociales, etc. En ese sentido, se aproxima a tal punto a establecer qué implica el derecho a la salud, que también define con claridad sus límites, y por tanto aborda las zonas de penumbra del derecho, es decir, aquellas alejadas del contenido esencial y de su contenido normativo. La Corte establece que el derecho fundamental a la salud es limitable. Uno de aquellos casos sería cuando se trata de servicios estéticos. La Corte identifica aspectos que rondan la penumbra del derecho, es

105 1° Relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, delimitando aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y estableciendo su tutelabilidad; 2° Reconocimiento de su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, determinando que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; 3° Ha dicho que el derecho a la salud es fundamental en cuanto a un ámbito básico, que coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

106 Corte Constitucional colombiana, T-227, de 17 de marzo de 2003; Corte Constitucional colombiana, T-801, de 16 de diciembre de 1998; Corte Constitucional colombiana, T-881, de 17 de octubre de 2002.

decir, no están consagrados en lo que la Corte ha definido su contenido esencial, o al menos no con claridad, ni tampoco en el contenido normativo del mismo. Por un lado, la cirugía de busto demandada por una de las accionantes, en concepto de la entidad demandada, no está contemplada por el Programa Obligatorio de Salud. Luego, se cuestiona que la cirugía de busto exigida tenga relación con el malestar lumbar que presenta la demandada. Este aspecto es importante, ya que la misma Corte había dicho con anterioridad que los servicios estéticos que no tengan relación con la protección de la vida y la integridad, estarían fuera del derecho fundamental a la salud. Finalmente, la Corte ordena tutelar el derecho de la accionante, exigiendo a la institución médica que practique los exámenes diagnósticos que permitan asegurar si la cirugía es meramente estética o guarda relación con aspectos sensibles de la salud de la paciente, por lo tanto incluidos dentro del derecho fundamental a la salud.

6. Reflexión final: una propuesta de tipo iusfundamental

El análisis de la tipicidad iusfundamental en el ámbito del derecho constitucional tiene el potencial de abrir una conversación en el tema de los desacuerdos sobre derechos fundamentales en el ordenamiento respectivo. En esta labor podrían tener una función que cumplir los jueces constitucionales. El reconocimiento de la complejidad de los derechos constitucionales, como formas particulares de las normas jurídicas, dentro de una estructura de principios y reglas, debe terminar con el proceso de vulgarización del derecho constitucional que actualmente sufrimos. Teniendo en cuenta que ha habido un «consenso forzado» de los derechos constitucionales en Chile, y que podría existir un fuerte desacuerdo sobre el contenido y alcance de la protección de los derechos de la población, ¿cómo deberían proceder los jueces constitucionales? Los jueces podrían tratar de, al adjudicar el caso concreto, abordar las tensiones que se produzcan entre dos o más derechos fundamentales, reconstruyendo los aspectos de la dignidad humana en juego, el contenido esencial y la penumbra, construcción dogmática que permitiría definir por la autoridad competente cuál es el ámbito de limitación permitida en el caso concreto¹⁰⁷.

Nuestra propuesta es, por una parte, dialogar en torno al contenido de la dignidad humana como valor social a propósito del proceso constituyente. Luego este consenso debería ser recogido en el texto

¹⁰⁷ Sunstein (1994-1995), p. 1733.

constitucional, el que debería al menos contener una referencia a la autodeterminación y al proyecto de vida individual, como ya lo ha reconocido tímidamente la jurisprudencia¹⁰⁸; luego la característica relacional de la dignidad humana exigirá referirnos a la garantía de ciertas condiciones materiales de existencia y, finalmente, incorporando las normas internacionales vigentes¹⁰⁹, señalar los aspectos no patrimoniales que formarán parte de la dignidad humana, como por ejemplo en materia de integridad personal, prohibición de la esclavitud, dignidad de las personas privadas de libertad, entre otras. La aplicación en el tiempo debiera permitir una interpretación evolutiva de la dignidad como valor y derecho.

Tanto el tratamiento doctrinal como jurisprudencial del núcleo esencial de los derechos fundamentales en Chile es limitado. La norma del artículo 19 N° 26, ni la labor del Tribunal Constitucional en determinar su sentido y alcance, y su aplicación en casos concretos, ha sido suficiente para una adecuada construcción de la tipicidad de los derechos fundamentales en esta materia específica que permitirá consensuar las limitaciones permisibles a los derechos fundamentales. Avanzar en un modelo dogmático constitucional implicaría analizar las opciones seguidas por otros Estados, tales como metodologías de adjudicación de derechos fundamentales para interpretar limitaciones en casos concretos, que han resultado ser instrumentos sistemáticamente contruidos para despejar controversias, este es también el caso de la Corte Interamericana. Además, no puede dejar de analizarse la opción de una cláusula de limitación general que, construida a partir del proceso constituyente, recoge una noción de derechos fundamentales que permee todo el ordenamiento jurídico, sentando las bases constitucionales sobre las cuales tanto el poder legislativo como el poder judicial interpretarán y determinarán en qué medida un derecho fundamental puede ser limitado. Creemos que reconstruir el patrón migratorio de España y Alemania permitiría dilucidar qué aspectos del caso contextual chileno serán relevantes de considerar, así como rescatar una tradición constitucional chilena, de existir, tal como lo propone Aldunate.

La determinación de la penumbra del tipo iusfundamental debe considerar que las acciones del Estado no han estado tradicionalmente ligadas a límites o requisitos mínimos en el contexto chileno. En un

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 640-2014, de 17 de febrero de 2014.

¹⁰⁹ Artículos 5 y 6 del Pacto San José de Costa Rica.

régimen democrático, el Estado debe cumplir con ciertos requisitos de fondo, un umbral de justificación, con el fin de limitar legítimamente un derecho fundamental. Lo anterior, en nuestra opinión, debe ser consciente de las exigencias de una sociedad que aspira a ser democrática y a la cual la Constitución debería dotar de contenido en tanto decisiones fundamentales de agencia política en materia de tipicidad iusfundamental.

Bibliografía citada

- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- ÁLVEZ, AMAYA, 2012: «Forcing Consensus: Challenges for Rights-based Constitutionalism in Chile», in HARVEY, Colin & SCHWARTZ, Alex (Eds.), *Bill of Rights in Divided Societies*. Oxford: Hart Publishing, 2012, pp. 247-266.
- BARAK, AHARON, 2005: *Purposive Interpretation in Law*. Princeton University Press.
- _____. (2015): *Human Dignity, the Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge University Press.
- BECKER, A., 2014: *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Vol. 115. Cambridge University Press.
- BOHÓRQUEZ, V. y J. AGUIRRE (2009): «Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos», en *Revista Internacional de Direitos Humanos*, Sur, Vol. 6, N° 1, pp. 40-63.
- EVANS DE LA CUADRA, E., 1999: *Los Derechos Constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición.
- FERNÁNDEZ, FERNANDO, 2007: «La Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», citado Nogueira, Humberto, «La Dignidad Humana, Los Derechos Fundamentales, El Bloque de Constitucionalidad de Derechos Fundamentales y sus Garantías Jurisdiccionales», en *Gaceta Jurídica*, N°322.
- FRANKENBERG, G., 1985: «Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law», in *Harvard Int'l L. J.*, Vol. 26, N° 2, pp. 411-455.
- FUENTES, XIMENA, 2015: «Una Nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno», en Chia, Eduardo A. y Quezada, Flavio, *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (eds.), Universidad de Chile, Instituto Igualdad y Fundación Friedrich Ebert.
- GARCÍA PINO, GONZALO y PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ, 2014: *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55.

- GARDBAUM, STEPHEN, 2010: «A Democratic Defense of Constitutional Balancing», in *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Issue 1.
- HIRSCHL, RAN, 2004: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- KUMM, MATTIAS, 2007: «What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement» in S. Paulsen, G. Pavlakos (eds.), *Law, Rights, Discourse: themes of the work of Robert Alexy*, (Hart), at 5.
- LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, 2007: «Presupuestos Constitucionales de la intervención de la Administración en la Sociedad», en Linde Paniagua, Enrique, *Parte especial del Derecho Administrativo: La intervención de la administración en la sociedad*. España: Editorial Calex.
- MEDINA, C., 1994: *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Santiago: Ediciones Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- NEDELSKY, JENNIFER, 2008: «Reconceiving Rights and Constitutionalism», in *Journal of Human Rights*, Vol. 2, Issue 2, pp. 139-173.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2003: «El Derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito, fundamentación y caracterización», en *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N° 2, pp. 245-285.
- _____. (2007): «La Dignidad Humana, Los Derechos Fundamentales, El Bloque de Constitucionalidad de Derechos Fundamentales y sus Garantías Jurisdiccionales», en *Gaceta Jurídica* N°322.
- _____. (2007): «Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales», Santiago, CECOCH-Librotecnia.
- RAJAGOPAL, B., 2000: «From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions», in *Harv. Int'l. LJ*, 41, 529.
- SCHLINK, BERNARD, 2009: *Guilt About the Past*. University of Queensland Press.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, 2000: «Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- STERN, KLAUS, 1988: «El Sistema de los Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1, pp. 261-277.
- SUNSTEINS, R., CASS, 1995: «Incompletely Theorized Agreements», in *Harvard Law Review*, Vol. 108, N° 7, pp. 1733-1772.
- WEINRIB, LORRAINE, 1999: «Canada's Constitutional Revolution: From Legislative to Constitutional State», in *Israel Law Review*, Vol. 33, Issue 1, pp. 13-50.

Capítulo III:

Clasificación de los derechos fundamentales

Pablo Marshall*

1. Introducción

Los derechos fundamentales pueden ser objeto de numerosas clasificaciones. Muchas veces ellas son consideradas única y exclusivamente por razones pedagógicas y sus expositores las presentan como si carecieran de relevancia práctica para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales¹. Este capítulo busca demostrar que quienes asumen esta actitud acerca de las tipologías de los derechos fundamentales están, al menos parcialmente, equivocados.

Para alcanzar este objetivo, el capítulo busca, en primer lugar, establecer cierta claridad conceptual en la utilización jurídica de la categoría de derechos fundamentales, distinguiéndola de otras categorías asociadas, como son las de derechos constitucionales y derechos humanos. Si bien estrictamente esta no es una clasificación de los derechos fundamentales, una breve discusión de tal distinción conceptual puede contribuir a la afirmación más precisa del objeto de estudio de este capítulo en particular y de este libro en general (2). Luego, el capítulo se dedica a realizar una exposición de las clasificaciones de los derechos fundamentales más utilizadas por la doctrina constitucional chilena. En este sentido, es un esfuerzo de descripción del estado de la cuestión respecto a la clasificación de los derechos fundamentales en el derecho chileno (3). Las dos siguientes secciones, quizás las más largas del capítulo, exponen y analizan críticamente la clasificación más importante utilizada en el derecho nacional, ella que distingue entre derechos civiles, políticos y sociales. Dicho análisis, se piensa,

* Doctor en Derecho, Glasgow University. Profesor de Teoría Constitucional, Universidad Austral de Chile. El autor agradece la colaboración del profesor ayudante Cristóbal Herrera y los comentarios de la profesora Yanira Zúñiga.

1 Véase, por ejemplo, Nogueira (2003), pp. 59-68.

puede resultar de gran utilidad para la consolidación de una dogmática constitucional más robusta. Para ello se recurre, primero, a la distinción entre derechos a algo, libertades y competencias, asociada al teórico del derecho Robert Alexy para aclarar la asociación entre derechos civiles y derechos de libertad, y, por otro lado, entre derechos sociales y derechos a prestación (4). En segundo lugar, se recurre a un análisis teórico de la distinción entre derechos individuales y derechos sociales, recurriendo al tratamiento del sociólogo británico T. H. Marshall y a la gran tradición que su aportación ha generado (5). La sección final del capítulo reflexiona sobre la utilidad de estas clasificaciones con la vista puesta en su utilización por una dogmática constitucional de carácter democrático (6).

2. Derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales

¿Es el derecho a la vida un derecho humano, un derecho constitucional o un derecho fundamental? Esta pregunta permite plantear una de las confusiones conceptuales más usuales asociada con la cultura de los derechos en general y en el ámbito del derecho constitucional en particular, esta es, la que dice relación con la distinción entre derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales (a los cuales se podría agregar el concepto de derechos subjetivos públicos, derechos de la persona, derechos naturales, libertades públicas, derecho civiles y un largo etcétera). Esta confusión conceptual, que envuelve profundas discrepancias filosóficas, puede ser solucionada o al menos el desacuerdo que ella envuelve aclarado si algunas preguntas clave son contestadas. Esta sección se limitará a la siguiente de aquellas preguntas: ¿es la relación entre estas categorías de derechos una relación excluyente? O dicho de otro modo, ¿puede un derecho ser al mismo tiempo un derecho humano, constitucional y fundamental? Para responder esta pregunta es útil partir por una definición de lo que en derecho constitucional se entiende por cada una de estas clases de derechos.

2.1. Derechos humanos

Desde un punto de vista jurídico, la categoría de *derechos humanos* ha sido asociada con el derecho internacional, en particular con la rama del derecho internacional de los derechos humanos. Derechos humanos, en un sentido estrictamente formal del término, son aquellos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos,

como son, por ejemplo, la Declaración Internacional de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) o la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969)². Suele señalarse que estos derechos son reconocidos a todo individuo por su sola pertenencia a la especie humana. Sin embargo, muchos de ellos, ya sea por reglas de nacionalidad, ya por reglas de residencia, sólo pueden vincular a los Estados que se encuentran relevantemente relacionados con el sujeto que alega la violación del derecho. La eficacia jurídica de estos tratados y de los derechos consagrados en ellos se corresponde generalmente con la de generar obligaciones internacionales para los Estados que los suscriben. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para declarar una violación de un derecho consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, «CADH»), aun cuando el acto que la haya violado no sea contrario al derecho interno de los Estados contratantes, incluyendo su catálogo de derechos fundamentales. No obstante ello, existe una creciente tendencia a conferir eficacia jurídica en el nivel doméstico a estos derechos³.

Desde un punto de vista político, el concepto de derechos humanos es objeto de dos usos distintos. Uno es aquel asociado a la noción de «violaciones a los derechos humanos». En este uso, este concepto apunta, como señala Fernando Atria, a algo trascendentalmente importante, vinculado a reclamar lo sagrado que hay en cada ser humano y que se vincula a «ofensas flagrantes y escandalosas a la dignidad humana»⁴. En este contexto, el uso de la expresión «derechos humanos» puede diferenciarse de –y aquí un segundo uso político del concepto– las demandas sociales y políticas típicamente encarnadas en el lenguaje de los derechos humanos en circunstancias de normalidad. Bajo estas circunstancias, «los derechos humanos (o fundamentales o constitucionales) son conceptos políticos que son usados para expresar la importancia de algunos reclamos políticos, que como reclamos políticos están sujetos al proceso político»⁵. Entendidos los derechos humanos en esta segunda acepción política, señala Atria, «no me sorprende (ni me indigna) encontrar que la respuesta a estas preguntas [las generadas por los derechos entendidos como reclamos políticos] cambia cuando

2 Así, por ejemplo, Pérez-Luño (2007), pp. 42 y ss.; Nogueira (2003), p. 58.

3 Sobre esto, véase el Capítulo XI.

4 Neves (2004), p. 160. También, Atria (2004), p. 34.

5 Atria (2003), p. 73.

cruzo las fronteras de distintos Estados democráticos. [...] Las cosas son diferentes cuando usamos la expresión «derechos humanos» para referirnos al derecho a no ser exterminado o torturado. Aquí no esperaré encontrar diferencias al cruzar la frontera entre dos Estados democráticos diferentes. *Estos* derechos deben ser elevados por sobre la política. Si pertenezco a un grupo que está siendo exterminado no estoy involucrado en un conflicto político con mis exterminadores; no los reconozco como *adversarios*, estoy en guerra con ellos como *enemigos*»⁶.

2.2. Derechos constitucionales

El concepto jurídico de *derechos constitucionales*, por otro lado, hace referencia a aquellos derechos que son contenidos en el derecho interno –por tanto excluyendo los derechos reconocidos en los tratados internacionales– y específicamente en el texto de una constitución. Esta noción tiene reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno dado que el Capítulo III de la Constitución Política se titula «*De los derechos y deberes constitucionales*». Esta nomenclatura tiene la virtud de posibilitar una lectura puramente formal de tal categoría de derechos. Todos los derechos contenidos en el texto constitucional son constitucionales y aquellos que no están contenidos en dicho cuerpo normativo, pese a contar con características relevantes para otras categorías, no lo son.

Sin embargo, la claridad de un concepto puramente formal admite un peligro de sobre-inclusión y de sub-inclusión. Si atendemos a que toda clase de derechos establecidos en la Constitución Política son derechos constitucionales nos encontraremos que este cuerpo normativo establece numerosas posiciones normativas, esto es, potestades caracterizables como derechos, que son entregadas a autoridades estatales (ej., la potestad del Presidente de la República de nombrar y remover funcionarios de su exclusiva confianza, art. 32 N° 10 CPR). La contra-intuitiva conclusión de entender que las autoridades estatales pueden ser titulares de derechos constitucionales podría ser limitada si se restringe el uso de esta denominación sólo a aquellos que se consagran en el Capítulo III de la Constitución⁷. Sin embargo,

6 Atria (2003), p. 73.

7 Sobre la posibilidad de la titularidad de derechos por parte de órganos estatales véase el Capítulo IV, sección 3.1 en relación a la regla de titularidad de los derechos fundamentales.

esta solución arroja, a su vez, el problema de excluir otros derechos, como por ejemplo los derechos consagrados en el Capítulo II sobre Nacionalidad y Ciudadanía, cuyo carácter de derecho constitucional nadie ha negado hasta ahora, o la titularidad de acciones para activar procedimientos ante el Tribunal Constitucional, cuya importancia ha sido recientemente destacada⁸.

2.3. Derechos fundamentales

Finalmente, el difundido concepto de *derechos fundamentales* podría referirse, si se atiende al sentido calificativo de la voz «fundamental», a cierto grupo de derechos sin los cuales la existencia de un orden estatal sería ilegítima. Sería un conjunto de derechos de los cuales pendería la legitimación del orden jurídico-estatal. Este sería el caso, por ejemplo, de los derechos de participación en la generación democrática del derecho al cual los habitantes de un Estado determinado están típicamente vinculados. Sin embargo, este uso propio de la filosofía política es ajeno a la dogmática constitucional. Esta disciplina se refiere a los derechos fundamentales simplemente como aquellos que han sido consagrados en una constitución o que tienen rango constitucional. En este sentido, los derechos fundamentales se transforman en sinónimos jurídicos de los derechos constitucionales. Eduardo Aldunate ha sostenido que esta pluralidad de usos (jurídico-filosófico y jurídico-dogmático) podría armonizarse distinguiendo un aspecto material y un aspecto formal del carácter fundamental de dichos derechos. Derechos fundamentales en su dimensión formal involucraría aquellos incluidos en la Constitución Política. Ello comprendería tanto la garantía de una reforma dificultada como una influencia del derecho en cuestión en los términos dados por el principio de supremacía constitucional. Por otro lado, el aspecto material de los derechos fundamentales afirma que éstos son derechos imprescindibles para un orden político libre y democrático, por lo que podrían llegar incluso a constituir un límite implícito a la potestad de reforma de la constitución. Este ejercicio permitiría, teóricamente, distinguir entre derechos fundamentales propiamente tales y meros derechos constitucionales⁹.

No obstante lo anterior, la expresión derechos fundamentales es usada en la práctica, por regla general, como sinónimo de derechos

8 Arriagada (2015).

9 Aldunate (2008), pp. 48-49.

formalmente constitucionales¹⁰. Ello implica entender que las dos nociones funcionan, en cierto sentido, como sinónimas. Sin embargo, el uso que se da a esta expresión derechos fundamentales viene limitada en la práctica en al menos dos aspectos que conceden al uso de esta expresión ventaja sobre la noción de derechos constitucionales. Primero, los derechos fundamentales no son posiciones jurídicas en las que los órganos o autoridades del Estado se encuentran en una posición activa, sino que son derechos que implican pretensiones, ya sea de individuos o grupos, que se hacen valer frente al Estado o que permiten participar en la toma de decisiones del Estado. No son, en consecuencia, derechos del Estado, sus órganos o autoridades¹¹. Ello presenta una ventaja sobre la noción de derechos constitucionales en la medida que permite evitar la objeción de sobre-inclusión. Segundo, los derechos fundamentales son derechos cuya eficacia normativa debe ser advertida en el nivel del derecho interno. En este sentido, los derechos fundamentales pueden ser distinguidos del concepto jurídico de derechos humanos. Ello no implica, sin embargo, excluir la tesis sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos como derecho interno de rango constitucional, sino únicamente la exclusión conceptual de aquellos derechos humanos que obligan al Estado en su calidad de sujeto internacional pero que carecen de eficacia normativa en el ámbito interno.

Una vez expuestas las anteriores observaciones sobre los conceptos de derechos humanos, constitucionales y fundamentales, puede formularse una respuesta a la pregunta con que esta sección comenzara. El derecho a la vida sí es, jurídicamente hablando, un derecho humano, dado que está consagrado en los más importantes instrumentos internacionales en la materia (por ejemplo, art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). El derecho a la vida es también un derecho constitucional en el Estado de Chile (art. 19 N° 1). El derecho a la vida es, finalmente, un derecho fundamental. Esto último, podría señalarse, desde un punto de vista filosófico, dada su importancia para la legitimidad del orden jurídico-estatal; y desde un punto de vista dogmático, dado que está consagrado en la Constitución Política que se reconoce a toda persona.

10 Véase, por ejemplo, Alexy (2002); Nogueira (2006), p. 58; Pérez-Luño (2007), pp. 42 y siguientes.

11 Sobre esto, véase el Capítulo IV.

3. La clasificación de los derechos fundamentales en Chile

Atendiendo única y exclusivamente al contenido de las disposiciones de la Constitución Política vigente, pueden efectuarse algunas clasificaciones que pueden ser tenidas como relevantes. La primera de ellas es la clasificación según quienes son *titulares* de derechos. Algunos derechos están asociados o condicionados al estatus de ciudadano (art. 13 inc. 2º: «La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran»), mientras otros derechos están asociados al estatus de *persona* (art. 19: «La Constitución asegura a todas las personas»). Las personas que quedan excluidas de la categoría de ciudadanos, de acuerdo a la Constitución, son los menores de 18 años, los extranjeros y aquellos que han perdido la ciudadanía por alguna de las causas establecidas en el artículo 17 (dos situaciones de «condena a pena afflictiva»). Uno podría incluso argumentar que hay derechos fundamentales que están asociados al estatus de nacional chileno, y que por tanto podrían ejercerse por aquellos excluidos de la ciudadanía, como serían el derecho a ejercer la acción de reclamación (art. 12: «La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca») o el derecho de permanecer e ingresar en el territorio nacional (art. 22 N° 5 CADH: «Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo»)¹².

Una segunda clasificación relevante de los derechos fundamentales atiende a su garantía jurisdiccional. Es importante, a este respecto, la distinción doctrinal entre derechos fundamentales y sus respectivas garantías¹³. En virtud de los artículos 20 y 21 de la Constitución, algunos derechos son susceptibles de ser protegidos mediante las acciones de protección y amparo («números 1º, 2º, 3º inc. quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inc. final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inc. cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º [...] y 8º del art. 19») y otros quedan excluidos de dicha tutela. En la medida que dichas acciones judiciales son la principal vía para la tutela de derechos fundamentales establecida en la Constitución, la exclusión de ciertos derechos o aspectos de ciertos derechos produce un impacto importante en su garantía jurisdiccional¹⁴.

12 Sobre esto, véase el Capítulo IV.

13 Sobre esto, véase el Capítulo XII.

14 Sobre esto, véase el Capítulo XII.

Por último, y siguiendo a Alejandro Silva Bascuñán, la referencia del texto constitucional permite distinguir un «contenido sustancial» diverso entre los derechos allí establecidos. Puede distinguirse, según la palabra usada para su consagración, entre derechos (ej. art. 19 N° 9 y N° 10), igualdades (ej. art. 19 N° 2 y N° 3), libertades (ej. art. 19 N° 6 y N° 12), inviolabilidades (ej. art. 19 N° 5) y seguridades (ej. art. 19 N° 26)¹⁵. Las implicancias de dicho uso lingüístico, si bien importantes para la reconstrucción dogmática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, en lo que se podría denominar la parte especial del derecho constitucional de los derechos fundamentales, parece no haberse desarrollado sistemáticamente.

No obstante ser posible encontrar clasificaciones basadas en el texto de la constitución, la idea misma de clasificación es una tarea asumida usualmente por la doctrina y no por el legislador, la administración o la judicatura. La doctrina constitucional chilena ha sido, en este entendido, tradicionalmente reticente a usar consistentemente las clasificaciones de derechos más comunes en el derecho comparado. Según José Luis Cea, «cada autor preocupado del tema expone una tipología propia, enfatizando su visión, a menudo diferente de la desarrollada por el resto de la doctrina. Consecuentemente, las clasificaciones son innumerables y, por lo mismo, resulta difícil sistematizarlas con propósitos de generalización [...]»¹⁶. Así, por ejemplo, Evans agrupa los derechos conforme al objeto o bien jurídico que buscan proteger. Los derechos contenidos en el artículo 19 son agrupados en: derechos de la personalidad, del pensamiento libre, de la seguridad jurídica, del desarrollo en el medio social y, finalmente, derechos patrimoniales¹⁷. Molina, por su lado, distingue entre libertades, libertades intelectuales, derechos sociales e igualdades¹⁸. Correa y Ruiz-Tagle, por otro lado, agrupan los derechos siguiendo la tradición de la doctrina constitucional democrática previa a la dictadura militar de Pinochet, especialmente a Gabriel Amunátegui¹⁹, en igualdades, libertades y derechos vinculados a uno o más valores constitucionales (libertad e igualdad conjuntamente, democracia y dignidad)²⁰.

15 Silva Bascuñán (2006), pp. 42-43.

16 Cea (2004), p. 74.

17 Evans (1986); Ruiz-Tagle (2006), pp. 258-260.

18 Molina (2009).

19 Amunátegui (1953). Véase también, Roldán (1924); Esteves (1949); Silva Bascuñán (1963); Andrade (1963).

20 Correa y Ruiz-Tagle (2010), pp. 175-178.

Sin embargo, existe una clasificación de los derechos fundamentales que se repite consistentemente en los manuales chilenos y, en este sentido, corresponde a una excepción a la dispersión conceptual apuntada por Cea. Es aquella clasificación que atiende al contenido de los derechos, distinguiendo entre *derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*.

Las primeras dos categorías, los derechos civiles y políticos, en atención a su época de aparición, son comúnmente denominadas derechos de *primera generación*. Como ya se señalara, los derechos civiles y los derechos políticos están separados por «una diferencia estructural esencial»²¹, esta es, que los derechos civiles son reconocidos a toda persona, mientras los derechos políticos son reconocidos exclusivamente a los ciudadanos. No obstante estar constituidos por una pluralidad de posiciones jurídicas, especialmente en lo que dice relación a los derechos políticos, la primera generación de derechos tiende a asociarse como un todo a la idea de derechos de libertad o de defensa del individuo frente a la intervención arbitraria del Estado.

Las restantes tres categorías derechos son consideradas como de *segunda generación*. Si bien la doctrina constitucional reconoce la existencia de estas categorías, que también se vincula a derechos individuales, como por ejemplo la remuneración justa, el derecho a la educación y a la seguridad social, estos derechos tienden a ser pensados como disposiciones programáticas y declaraciones de buenas intenciones y contrapuestos en ese sentido a los derechos judicialmente exigibles de primera generación²². Así, se crea una cierta jerarquía entre los derechos fundamentales civiles y políticos, propios de la tradición liberal y democrática; y los derechos fundamentales de otro tipo, que son vistos con sospecha dado que envolverían, en contraste con los derechos de libertad o defensa, la demanda de prestaciones positivas por parte del Estado, siendo asociados así a una tradición socialista.

A todos estos derechos, se suman nuevas generaciones de derechos, a los que se ha calificado como una *tercera generación*, esta vez con un carácter colectivo, difuso o solidario. Entre ellos se cuenta el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y la protección del medio ambiente²³. Sin embargo, pueden encontrarse casos de derechos colectivos entre los derechos de segunda generación, como por ejemplo el derecho a

²¹ Aldunate (2008), p. 57.

²² García-Huidobro et al. (1997), pp. 41-42.

²³ Cea (2004), p. 73.

la huelga o el derecho a asociación, que son desde un punto de vista conceptual necesariamente colectivos, dado que no pueden ejercerse por el individuo aislado.

La distinción expuesta, que distingue entre generaciones de derechos, ha sido objeto de críticas históricas y políticas. Desde un punto de vista histórico, la distinción no parece del todo clara: ¿es el derecho de propiedad un derecho civil o económico, y por tanto, de primera o de segunda generación? ¿Acaso los revolucionarios franceses no estaban también preocupados por cuestiones tan distintas como la libre iniciativa económica (segunda) y la fraternidad y la beneficencia (tercera)? Por otro lado, puede observarse que la incorporación de la dimensión internacional de los derechos humanos tiende a alterar la secuencia histórica: los primeros derechos en el derecho internacional concernieron a los derechos de los trabajadores (segunda), siendo anteriores, así, a los derechos civiles y políticos (primera)²⁴. En conclusión, la distinción entre generaciones de derechos puede no ser del todo útil, especialmente en cuanto a ella subyace cierta propuesta ideológica de asociar los *verdaderos* derechos a la primera generación²⁵.

Mucho más interesante es la clasificación entre derechos individuales y colectivos, que apunta a una cuestión central y de creciente importancia para la teoría de los derechos fundamentales: la titularidad de los derechos²⁶. Los derechos individuales constituyen derechos cuyo titular es un sujeto individual. Es esta la clase de derechos a la que la mayor parte del discurso sobre los derechos fundamentales se refiere. En contraste, los derechos colectivos son derechos cuyo titular es un sujeto colectivo o grupo de personas. Esta categoría cubriría derechos tan diferentes y atribuidos a sujetos tan distintos como el derecho a la huelga de los sindicatos; ciertas acciones colectivas atribuidas a grupos de consumidores; el derecho a la autodeterminación cultural de ciertas minorías étnicas y el derecho de la comunidad en general (o de una comunidad territorial en específico) a vivir en un medio ambiente libre de contaminación²⁷. Vale la pena destacar, en referencia a los derechos

24 Véase Rabossi (1998).

25 Sobre su posibilidad de materialización en el caso chileno, véase el Capítulo I.

26 Sobre la titularidad de los derechos, véase el Capítulo IV.

27 Es importante observar, por un lado, que los derechos colectivos no pueden ser reducidos a una suma de derechos de los individuos que forman parte de una colectividad. Ellos tienen una función específica que busca proteger al grupo en cuanto tal. Por otro lado, deben notarse que la atribución de derechos colectivos no es la única forma de proteger los intereses de grupos o

colectivos, pese a su limitado alcance, una discusión jurisprudencial y doctrinal que se ha llevado a cabo en Chile en relación al derecho a consulta consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, «OIT»)²⁸.

Todas las clasificaciones mencionadas, sin embargo, tienden a no ser desarrolladas suficientemente por la doctrina nacional. Presentar una clasificación analíticamente no-contradictoria no es lo mismo que presentar una clasificación que pueda estar al servicio de una dogmática constitucional democrática. En este sentido, las categorías que se explorarán en las secciones siguientes no se distinguen por su novedad, dado que forman parte del acervo de clasificaciones tradicionales de los derechos fundamentales en Chile, sino porque su desarrollo razonado y su conexión con problemas clásicos de los derechos fundamentales y problemas actuales del derecho constitucional chileno y el derecho internacional de los derechos humanos puede resultar un aporte doctrinal importante.

4. Derechos como posiciones jurídicas: derechos a algo, libertades y competencias

Asociada a la distinción entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, se habla comúnmente de la distinción entre *derechos de libertad* y *derechos de prestación*²⁹. Los primeros imponen al poder público una actitud negativa y sirven como un límite a su acción respecto del ámbito de actuación del individuo. Estos típicamente se vinculan a los derechos civiles más que a los derechos políticos, sin embargo, existe cierta generalización al ser tratados comúnmente de manera conjunta. Los derechos de prestación implican, por el contrario, una actitud activa de parte del Estado que debe llevar a cabo ciertas acciones para hacerlos realidad. Estos se vinculan a la segunda generación de derechos, especialmente a los derechos sociales.

colectividades. Ello puede lograrse también a través de otro tipo de medidas, por ejemplo, a través de la atribución de derechos individuales a sus miembros. Así, sería preciso diferenciar la noción de derechos colectivos de aquellos derechos individuales adscritos a individuos en razón de su pertenencia a cierto grupo o minoría y de aquellos derechos individuales para cuyo ejercicio es necesaria la colaboración y la asociación de un grupo de personas y por tanto no pueden considerarse derechos del individuo aislado.

28 Véase, en general, Nash, Núñez y Bustamante (2014).

29 Véase, por ejemplo, López-Guerra et al. (1991), pp. 111-112.

En su influyente libro sobre derechos fundamentales, el filósofo del derecho Robert Alexy articula una tipología de las posiciones jurídicas que pueden verse involucradas por las normas de derechos fundamentales. Esta tipología, que toma como punto de referencia el trabajo de Hohfeld sobre la noción de derecho subjetivo³⁰, profundiza y aclara la distinción tradicional entre derechos de libertad y derechos de prestación en clave analítica y, al mismo tiempo, refuta la simplificación de la que muchas veces es objeto esta clasificación.

4.1. Derechos a algo: derechos fundamentales como derechos subjetivos

Los derechos fundamentales involucran tres tipos generales de posiciones jurídicas en relación a las propiedades deónticas que acarrear para aquellos involucrados por la descripción del derecho³¹. Pueden distinguirse: derechos a algo, libertades y competencias. Esta tipología de posiciones jurídicas tiene como principal virtud la potencialidad de vincular disposiciones y normas de derecho fundamental a varias posiciones subjetivas en las cuales los sujetos o titulares de los derechos se encuentran en una relación jurídica de diverso tipo con el o los destinatarios de los derechos fundamentales. De esta manera, a una misma disposición de derecho fundamental en particular podrían ser «adscritas» varias de estas posiciones jurídicas, las que a su vez pueden tener diferentes estructuras normativas.

La primera categoría es la de derechos fundamentales como *derechos a algo* que involucran aquellas posiciones jurídicas que obedecen más claramente a la estructura de un derecho subjetivo y que se caracterizan por el hecho de que el objeto del derecho es una acción del destinatario del derecho. Las acciones demandadas por un derecho a algo pueden ser tanto positivas como negativas. En el primer caso, los derechos fundamentales tienden a adoptar la forma de lo que tradicionalmente han sido llamados «derechos prestacionales» (por ejemplo, derechos a prestaciones de salud o educación) y que resultan comúnmente referidos también como derechos sociales. Sin embargo, como se verá, no se limitan a ellos. En el segundo caso, la acción demandada por el derecho adopta el carácter de una omisión (o acción negativa) por parte del destinatario

30 Hohfeld (1968).

31 Sobre la contrapartida de estas posiciones jurídicas, en clave de deberes generales, véase el Capítulo XI.

del derecho, siendo asociados con la noción de derechos de libertad o «derechos de defensa»³² (por ejemplo, derechos a la libre expresión e información).

Los derechos a acciones negativas o de defensa del ciudadano frente al Estado pueden implicar, a su vez, tres tipos de acciones negativas. Primero, pueden demandar del Estado la acción negativa de no impedir u obstaculizar (fáctica o jurídicamente) ciertas acciones del titular del derecho (por ejemplo, la libre actividad económica). Segundo, pueden demandar del Estado no afectar determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho (por ejemplo, la inviolabilidad del hogar). Tercero, pueden demandar del Estado la no eliminación de posiciones jurídicas (por ejemplo, el derecho a la personalidad jurídica de partidos políticos)³³. Los derechos a acciones positivas, por otro lado, pueden implicar la realización de una acción fáctica, tradicionalmente denominados «derechos a prestación» (por ejemplo, el derecho a una educación básica y media gratuita), o de una acción normativa (por ejemplo, el derecho de las iglesias a una exención de toda contribución). La diferencia entre ambos radica en el hecho de que en aquellos llamados derechos a acciones positivas fácticas la forma jurídica de la realización de la acción es irrelevante, mientras ésta es esencial en los derechos que se satisfacen mediante una acción normativa. En este último caso, la dictación de una norma jurídica es indispensable³⁴.

4.2. Libertades, competencias e igualdades

Un segundo tipo de derechos fundamentales entendidos como posiciones jurídicas son las *libertades*. Asumiendo la compleja posición de la libertad en el ordenamiento jurídico moderno, Alexy advierte que su referencia es a una libertad jurídica y por tanto a derechos fundamentales con la estructura de una libertad. Existe una libertad cuando tanto una acción como su omisión están permitidas por una norma permisiva explícita. La eficacia normativa de un derecho fundamental con la estructura de una libertad puede constatarse cuando existen normas de rango infra-constitucional que prohíben u ordenan la realización de la acción o la omisión que es objeto de una libertad. En este caso dichas normas podrían ser declaradas inconstitucionales por ser contrarias al derecho

32 Alexy (2002), pp. 186-189.

33 Ibid., pp. 189-194.

34 Ibid., pp. 194-196.

fundamental en cuestión³⁵. Por ejemplo, una norma de rango legal que prohíba la erección y conservación de templos religiosos podría ser inconstitucional por atentar contra la libertad de culto consagrada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución. Los derechos fundamentales con estructura de libertad suelen ir acompañados de una protección. Esta protección, siguiendo la terminología de Alexy, consiste en un derecho a algo cuya estructura suele ser el derecho a una acción negativa por parte del Estado a no estorbar las acciones cubiertas por la libertad. Una libertad también puede estar protegida por un derecho a una acción positiva del Estado, típicamente, a una acción normativa³⁶. La libertad de culto antes aludida implica un derecho a una omisión por parte del Estado de toda acción que pretenda censurar el ejercicio libre de un culto religioso. En el caso de Chile, una acción positiva normativa, pese a no ser exigida por la Constitución, se dirigió a proteger y regular este derecho mediante la dictación de la Ley 19.638, sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

Un tercer grupo de derechos puede ser asociado al concepto de *competencia*. Una competencia atribuye a un sujeto la posibilidad de modificar posiciones jurídicas mediante acciones institucionales, esto es, que no pueden ser realizadas sólo sobre la base de capacidades naturales. El ejemplo más emblemático de derechos con estructura de competencia es el derecho a sufragio. Así, el otorgamiento de una competencia implica el aumento del campo de acción del sujeto titular a quien le es otorgada, en comparación a la situación donde carece de ésta. En el caso del sufragio, el titular adquiere la posibilidad de contribuir a la formación de la voluntad estatal. De igual manera que las libertades, la eficacia de un derecho fundamental con la estructura de una competencia radica en que normas infra-constitucionales que prohíben u ordenan la realización de la acción que es objeto de una competencia son *prima facie* inconstitucionales³⁷. Asimismo, al igual

35 Ibid., pp. 210-224.

36 Ibid., pp. 224-227.

37 Ibid., pp. 210-224. Bajo las ideas de Alexy, la prohibición definitivamente es inconstitucional. En el caso de la obligación, por ejemplo, respecto del derecho de sufragio, también sería inconstitucional, aunque es un problema que puede plantearse en el ámbito de la regulación del derecho fundamental. Ello es distinto de la discusión de justicia política sobre cuál es el modelo más adecuado, pero si se concede un derecho constitucional a votar, o un derecho constitucional a casarte, establecer una obligación a realizar, la conducta es inconstitucional.

que las libertades, los derechos fundamentales con estructura de competencia suelen ir acompañados de una protección. Típicamente, en este caso, se tratará de un derecho a una acción negativa de tipo normativo, esto es, aquellos que demandan del Estado la no eliminación de posiciones jurídicas³⁸.

Es importante una última nota que aclare cuál es la posición que corresponde a los derechos fundamentales de *igualdad*. Estos, según Alexy, pueden ser reconstruidos a través de derechos de defensa. La noción de igualdad correspondería a un derecho frente al Estado a que éste omita cierto tratamiento desigual o ciertos tratamientos iguales, según sea el caso. El primer supuesto sería el supuesto de la protección de la libertad formal, mientras el segundo, esto es, el derecho a que el Estado omita tratar a ciertos sujetos igualmente, sería un supuesto en que la protección de la igualdad demandaría una acción de discriminación positiva³⁹.

La principal ventaja que la tipología de Alexy presenta por sobre la tipología derechos de libertad-derechos de prestación, es que permite un análisis muy detallado y preciso de cuáles son las exactas posiciones jurídicas que pueden ser adscriptas a una disposición de derecho fundamental. De esta manera, el derecho a la vida, por ejemplo, no sólo puede ser descrito como un derecho de libertad o defensa, esto es, a una abstención del Estado de causar la muerte del titular del derecho, sino además como un derecho a acciones positivas tanto fácticas como normativas que protejan la vida del sujeto frente a acciones de terceros que puedan causarle la muerte⁴⁰. Otro ejemplo puede encontrarse en el derecho a sufragio, típicamente concebido como una competencia para la participación del individuo en la toma de decisiones estatales, al cual, sin embargo, también puede verse asociado un derecho de libertad que demanda la abstención de toda intromisión estatal en la expresión de la preferencia electoral y a un derecho a una serie de acciones positivas consistentes en la creación de registros electorales y organización de elecciones periódicas. Finalmente, pueden encontrarse casos en que a un derecho social, típicamente asociado a las prestaciones estatales, se vean adscritas posiciones jurídicas de libertad. El caso más discutido en el derecho constitucional chileno es aquel del derecho

38 Alexy (2002), pp. 227-240.

39 Ibid., pp. 415 y siguientes.

40 Véase, por ejemplo, discutiendo el caso de la protección mediante el derecho penal, Bascuñán (2007) y Mañalich (2005).

de los padres a elegir el establecimiento educacional de sus hijos (art. 19 N° 11 inc. 4°)⁴¹. En suma, esta tipología permite entender que incluso los derechos civiles, tradicionalmente asociados a libertades negativas, pueden demandar prestaciones del Estado. Asimismo, incluso los derechos sociales, tradicionalmente asociados a la idea de prestaciones, pueden demandar la abstención del Estado en el disfrute del derecho en cuestión. Esta tipología, por tanto, pone en evidencia la multiplicidad de posiciones normativas involucradas en los diferentes derechos fundamentales —o lo que Alexy llama *derecho fundamental como un todo*— que no pueden ser objeto de clasificaciones rígidas como las utilizadas tradicionalmente por la doctrina chilena⁴².

5. Derechos civiles, políticos y sociales

La clasificación de los derechos fundamentales entre derechos civiles, políticos y sociales es quizás la más difundida en Chile pero también la que ha generado más discusión en los últimos años. En particular, el debate sobre los derechos sociales se instaló como uno de los estandartes del movimiento estudiantil del año 2011, cuya demanda por una educación gratuita y de calidad se estructuró en torno a la idea de que la educación debe ser concebida como un derecho social y no como un bien de mercado⁴³. En esta sección se busca exponer brevemente la formulación original de la clasificación en una teoría de los derechos como etapas de expansión de la ciudadanía para después dar paso a un debate sobre la diferencias entre los distintos tipos de derechos. Finalmente se llevará a cabo una breve revisión de la discusión actual sobre la judicialización de los derechos sociales.

5.1. Derechos y ciudadanía

La distinción entre derechos civiles, políticos y sociales es comúnmente asociada al sociólogo británico T.H. Marshall, quien en su libro *Ciudadanía y Clase Social* explica cómo la idea de ciudadanía consiste

41 Respecto a la interpretación de este derecho y su relación con la libertad de enseñanza, véase el análisis de Atria (2007), pp. 41-63.

42 Véase, por ejemplo, Ruiz-Tagle (2006), p. 273; Correa y Ruiz-Tagle (2010): «la clasificación de los derechos fundamentales que sirve para describir su contenido no puede ser fija, es esencialmente provisional y sólo tiene carácter ilustrativo [...]. Además, el mismo derecho puede expresarse en la forma de una libertad o de una igualdad» (pp. 176-177).

43 Véase, en general, Atria (2014).

en tratar a cada uno de los individuos como un miembro pleno en una sociedad de personas consideradas iguales. Esto se logra otorgando a los individuos miembros de esa sociedad un grupo importante de derechos de ciudadanía. Dichos derechos, que marcaron la evolución y expansión del concepto mismo de ciudadanía, pertenecen a tres categorías que se fueron conquistando a través de una evolución histórica de las instituciones jurídicas y políticas del Reino Unido, mediante lo que podría ser descrito como una lucha por el reconocimiento⁴⁴. Ellos fueron, en ese orden, los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales. Así, resulta claro que la tesis de Marshall respecto a esta clasificación de derechos involucra tanto aspectos históricos como normativos, y que debe ser usada con cuidado dado que pretende describir un contexto determinado.

De acuerdo a esta tesis, cada grupo de derechos incorporado al concepto de ciudadanía ha tenido como consecuencia la incorporación y el reconocimiento de nuevos sujetos a la clase de los ciudadanos considerados iguales y nuevos aspectos en el contenido de la ciudadanía. Si el reconocimiento de derechos *civiles* durante el siglo XVIII fue hecho a un limitado número de individuos y sólo incorporó la defensa frente a la arbitrariedad de la autoridad estatal respecto de la vida, la libertad y la propiedad, el reconocimiento de los derechos *políticos* durante el siglo XIX incorporó a un número más importante de individuos y extendió su influencia en relación a los problemas y decisiones acerca del gobierno del Estado (derechos de sufragio, reunión, libre expresión y asociación). De esta forma, la tercera etapa, durante la primera mitad del siglo XX, asociada al reconocimiento de derechos *sociales*, que aseguraran el disfrute de bienes básicos (como la salud, la educación, la sanidad y la seguridad social) vino de la mano de la extensión más importante de los derechos y vino a superar el problema de recursos que impedía el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos por parte de la gran masa de los individuos que se encontraban en una situación desventajosa⁴⁵.

Todo ello, muestra una notable coincidencia con el desarrollo histórico del Estado nacional moderno hasta el arribo del neoliberalismo. Sin embargo, como nota Axel Honneth, las circunstancias históricas y el orden cronológico del advenimiento de los derechos fundamentales no son significativos a la hora de reconstruir el sistema de derechos desde

⁴⁴ Véase Honneth (1996), pp. 107-121.

⁴⁵ Marshall (2005).

un punto de vista normativo⁴⁶. Desde esta última perspectiva, parece mucho más importante el énfasis de este modelo –que es complejo en cuanto a la comprensión del rol de los derechos fundamentales–, puesto que se sostiene en la garantía de *participación e integración* plena del ciudadano en la sociedad en que vive, y por tanto, supondría una incompatibilidad con una lectura hegemonícamente liberal de la relación entre los individuos y el Estado. Esa inclinación se ve reafirmada, por otro lado, mediante la aglutinación de las diferentes categorías de derechos alrededor del concepto de ciudadanía, que tiene como base ideal que todos los miembros de la sociedad son normativamente iguales y merecen el mismo respeto. Parece también importante señalar que Marshall asocia este sistema de derechos a un modelo de ciudadanía que está caracterizado por coincidir con la configuración de un modelo de Estado particular. Un modelo que incorpora, primero, las ideas de Estado de Derecho, luego, la formación democrática de la voluntad estatal y, por último, una preocupación importante por la satisfacción de las necesidades sociales de sus ciudadanos.

5.2. Las diferencias entre derechos

Es interesante, partiendo del modelo de Marshall, aclarar cuáles pueden ser las similitudes, diferencias y relaciones entre estas categorías de derechos. Entre las similitudes, debe destacarse que todos estos derechos tienen un mismo status, esto es, son derechos que constituyen al ciudadano como miembro pleno de la comunidad. No hay espacio para asociar generaciones de derechos a ninguna clase de jerarquía, como ha sido el caso en el derecho constitucional chileno⁴⁷. Las diferencias y relaciones entre estas clases de derechos, sin embargo, son más complejas de elaborar. Un punto de referencia tiende a ser el indiscutido e ineludible carácter individual y liberal que tienen los derechos civiles, en la medida que permiten la persecución de los planes de vida autónomamente determinados sin interferencias arbitrarias de terceros. En contraste a ellos, tanto los derechos políticos como los derechos sociales son objeto de diversas propuestas interpretativas.

Hay quienes sostienen, como Honneth, que los derechos sociales vienen a complementar los derechos civiles en su función de autonomía individual, en la medida que permiten a todos los individuos hacer un uso efectivo de la autonomía que es garantizada sólo formalmente por

⁴⁶ Honneth (2014), p. 78.

⁴⁷ Como lo denuncia Ruiz-Tagle (2006).

los derechos civiles. La seguridad económica y el bienestar material son considerados, desde esta perspectiva, fundamentales para siquiera explorar individualmente cuáles son los planes de vida que el individuo podría querer perseguir⁴⁸. En contraposición a derechos civiles y sociales, que persiguen, como se observa, un fin común, los derechos políticos obedecen a una lógica diferente. Ellos demandan superar la configuración liberal de la persona como un sujeto unidimensional y aislado de la comunidad. Esto se logra por medio de la formación de una voluntad política común con el resto de los sujetos, que actuando en común asumen no sólo el rol de destinatarios de las normas estatales, sino también el rol de autores en conjunto de dichas normas. Ese objetivo se realiza únicamente por medio de una práctica de cooperación e intercambio en el plano colectivo posibilitada por los derechos políticos. En suma, los derechos políticos implementan, en contraste con los derechos civiles y sociales, un tipo diferente de libertad. Mientras la libertad protegida por los primeros no depende de si los individuos ejercitan esa libertad, la libertad de participar en la formación de la voluntad democrática va a depender en definitiva en qué tan interesados están los ciudadanos en participar en la cooperación social⁴⁹, lo que Franz Neumann llamó alguna vez su libertad volitiva⁵⁰.

Esas dos esferas garantizadas mediante derechos, no son independientes sino interdependientes, o como ha señalado incansablemente Jürgen Habermas, cooriginarias. Ello implica que la autonomía privada de la persona garantizada por los derechos civiles y sociales sirve de garantía para un adecuado reconocimiento de la autonomía pública. La hipótesis de un régimen en que los derechos civiles son constantemente violados es incompatible con considerar que la vigencia de derechos políticos resulta en un proceso que expresa una voluntad colectiva formada libremente⁵¹. Asimismo, la autonomía pública del ciudadano es garantía de un adecuado reconocimiento de autonomía privada. Sólo en la medida que la articulación de las esferas de autonomía privada es fruto de un proceso democrático de formación de voluntad esta puede reclamar para sí tal legitimidad⁵². En esta línea, en una contribución al debate nacional reciente, Domingo Lovera ha argumentado que los derechos

48 Véase también Böckenförde (1993), pp. 74-75; Salazar (2013).

49 Honneth (2014), pp. 78-80.

50 Neumann (1953), pp. 926-929.

51 Véase Neumann (1953), p. 918.

52 Habermas (1996), p. 408.

sociales tienen una doble relación con la participación democrática. Por un lado, junto con los derechos civiles contribuyen a generar las condiciones adecuadas para la participación democrática y, por otro, los precisos contornos de los derechos sociales son definidos mediante la participación de los ciudadanos⁵³.

Por otro lado, propuestas como la de Fernando Atria, quizás quien ha pensado más seriamente sobre derechos sociales en Chile, apuntan a explotar la diferenciación entre derechos civiles y políticos, derechos individuales en su concepto, y los derechos sociales. El argumento de Atria básicamente invierte la idea presentada por Honneth. Mientras los derechos individuales (civiles y políticos) son estructuralmente independientes de la cooperación y se fundan en el interés de afirmar la autonomía del sujeto frente a interferencias de terceros, los derechos sociales son sensibles y dependientes de la cooperación social y se fundan en la idea «de que ciertos aspectos del bienestar de cada uno son responsabilidad de todos [...] y descansan en la idea de realización recíproca»⁵⁴. En definitiva, la apelación de Atria a la cooperación indica que los derechos sociales se fundan en un vínculo de solidaridad, y aquí es importante la idea de ciudadanía, ya que sólo puede existir en cuanto concebimos al individuo situado dentro de una comunidad de iguales. Así, en contraste con la posición descrita anteriormente, la idea de libertad negativa es asociada a los derechos individuales, sin distinción, y la idea de libertad positiva es asociada a los derechos sociales.

El contraste de estas dos teorías acerca de la diferencia y relación entre las diferentes clases de derechos fundamentales es interesante. Desde la perspectiva de Honneth, se puede criticar conceptualmente la agrupación de los derechos civiles y políticos bajo la misma categoría de derechos individuales. Si bien ellos son derechos individuales en un sentido trivial, también lo son los derechos sociales. Cuando se presta atención a que los derechos políticos sólo son realizables mediante la cooperación entre ciudadanos que actúan colectivamente, la idea de cooperación como criterio rector para distinguir entre derechos individuales y derechos sociales debe ser repensada. Desde la perspectiva de Atria, por otro lado, que los derechos sociales sean incorporados a la noción de libertad negativa parece fundar una crítica más política que conceptual. Que los derechos sociales suplementen a los derechos civiles, implicaría que los primeros son derechos a un

53 Lovera (2015).

54 Atria (2014), p. 51. Véase también Marshall (2005), pp. 72 y siguientes.

bienestar mínimo que permitiría el ejercicio de los segundos y que no son derechos que manifiestan la idea de igualdad⁵⁵. Así, Atria pone de manifiesto su tesis de que los derechos sociales no son derechos que pretenden implementar la idea subsidiarista de ayudar a los más desfavorecidos, de aliviar la pobreza, sino la idea socialista de que deben existir ciertas prestaciones universales disponibles para todos los ciudadanos en iguales condiciones de manera independiente a su capacidad contributiva. En palabras de Marshall, «los derechos sociales implican la subordinación del precio del mercado a la justicia social, el reemplazo de la negociación libre por la declaración de derechos»⁵⁶. Esta sería, en palabras de Atria, una forma superior de comunidad⁵⁷.

5.3. El debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales

Las diferentes visiones arriba presentadas acerca de las diferencias y relaciones entre los derechos tienen un carácter eminentemente filosófico del que sin embargo dependen cuestiones jurídicas de importancia. La distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, por otro, ha sido recogida por el derecho internacional, consagrando distintas técnicas para obligar a los Estados en el contexto de los sistemas de protección internacional de derechos. El cumplimiento progresivo *vis-a-vis* la exigibilidad inmediata, la exigibilidad *vis-a-vis* la no exigibilidad judicial y, por último, la universalidad *vis-a-vis* la dependencia de factores nacionales (culturales, económicos y sociales) han marcado dichas técnicas. No es casual que tanto el sistema universal como los sistemas regionales, europeo y americano, de protección de los derechos humanos tengan tratados distintos para cada grupo de derechos⁵⁸.

Esta distinción, estratégicamente decidida en el nivel internacional, es el foco del principal debate legal en relación a los derechos sociales: aquel respecto a su justiciabilidad, esto es, respecto de si procede que los derechos sociales sean exigibles ante los tribunales de justicia⁵⁹. Aquí es nuevamente interesante seguir a Atria⁶⁰.

55 Véase Atria (2014), p. 51.

56 Marshall (2005), p. 71.

57 Atria (2004), p. 32.

58 Véase críticamente IIDH (2008).

59 Sobre los mecanismos de tutela jurisdiccional de derechos, véase el capítulo XII.

60 Véase Atria et al. (2004).

Hay quienes sostienen, y con esta opinión la doctrina chilena parece bastante conforme, que los derechos sociales constituyen normas programáticas y que por tanto no son judicialmente exigibles. El derecho a la salud o a la educación, en este entendido, no permiten su ejecución judicial de la misma manera que lo serían los derechos a un debido proceso o el derecho a la vida. Esto quiere decir que entre los derechos de primera generación y los derechos sociales existiría una diferencia fundamental: sólo los primeros son verdaderos derechos, dado que sólo ellos son judicialmente exigibles. Se han sostenido varios argumentos para defender la tesis de la no-justiciabilidad. Entre ellos, sobresalen los siguientes argumentos que son interdependientes: (1) los derechos sociales son sensibles a la escasez de recursos, por lo que resulta razonable entender que su realización dependerá de la capacidad de cada comunidad para satisfacerlos y que su realización puede ser gradual; (2) resulta inconveniente que los tribunales de justicia puedan resolver sobre cómo se asignarán los recursos en una comunidad democrática, dado que ese rol les corresponde a las autoridades democráticamente legitimadas; y (3) los derechos sociales son consagrados en enunciados vagos y por tanto existe cierta indeterminación respecto a qué obligaciones concretas demanda su cumplimiento⁶¹.

Ante esta opinión, hay quienes sostienen que entender los derechos sociales como derechos de segunda categoría frente a los derechos de primera generación no es compatible con su consagración constitucional como derechos fundamentales y que, por tanto, dicha concepción debe ser reemplazada. Entre ellos, hay quienes sostienen que los derechos sociales deben ser judicialmente exigibles. Argumentan, aceptando los problemas de la justiciabilidad arriba expuestos, que para que los derechos sociales sean exigibles debe protegerse sólo algunos de sus aspectos; en particular, debe protegerse que el aseguramiento de los derechos sociales no sea realizado en forma discriminatoria. Ello implica, sin embargo, convertir a los derechos sociales en derechos civiles, en particular en una prohibición de una acción positiva discriminatoria por parte del Estado⁶², o en una protección frente a «una inactividad y la desatención evidente y grosera» del fin del programa fijado por las normas de derechos sociales⁶³. Por otro lado, hay quienes también, aceptando los argumentos ofrecidos para no hacerlos judicialmente

61 Véase, por ejemplo, Martínez Estay (2010). Críticamente, Bernal Pulido (2004), pp. 118-121.

62 Atria et al. (2004), pp. 42-46.

63 Böckenförde (1993), pp. 80 y siguientes.

exigibles, consideran que dichos derechos deben ser eliminados de las constituciones por acarrear una promesa que no puede ser cumplida⁶⁴. No obstante sus diferencias, ambas posiciones comparten la idea de que los derechos fundamentales para ser tales deben ser judicialmente exigibles.

Ante esta postura, Atria ha intervenido en la discusión sosteniendo que el carácter de derecho fundamental de los derechos sociales no implica necesariamente su exigibilidad judicial y que esta última es una particularidad de los derechos de primera generación mas no de los derechos sociales. Esta afirmación se basa en el carácter primariamente político, y no jurídico, de los derechos fundamentales. Contra el fetichismo de la juridificación de los derechos fundamentales, Atria defiende la idea de que tiene sentido hablar de un derecho fundamental, aun cuando éste no pueda ser protegido por un tribunal, cuando este derecho expresa un interés que debe poder reclamar cierta prioridad dentro de nuestras preferencias políticas. En ese sentido Atria no parece distanciarse demasiado de la comprensión de derechos como triunfos asociada a Ronald Dworkin⁶⁵. Es en este particular sentido político, que no reduce los derechos a meras disposiciones programáticas o declaraciones de buenas intenciones, que la apelación a comprender los derechos sociales como expresiones de la cooperación social señalada más arriba cobra importancia. La exigibilidad de los derechos sociales no depende de la posibilidad de reclamarlos judicialmente, dado que ésta es un tipo de práctica que sirve para adjudicar derechos individuales, y no derechos sociales. La práctica judicial normalmente sirve para determinar intereses en conflicto, en el caso de los derechos individuales intereses individuales como la vida, la seguridad individual o la propiedad frente a intereses colectivos como la educación pública o la seguridad nacional. La modalidad de exigibilidad de los derechos sociales, en cuanto expresiones de la solidaridad de una ciudadanía igualitaria, debe realizarse mediante prácticas distributivas que miran no el interés individual, sino el interés de todos los miembros de la comunidad. Típicamente, ese proceso de exigibilidad de los derechos sociales se realiza mediante la acción de programas de provisión universal de bienes sociales⁶⁶. Judicializar los derechos sociales es tratarlos como derechos individuales, y, en definitiva, es transformarlos en derechos individuales, eliminando, entonces, la expresión de solidaridad que los caracteriza.

64 Atria et al. (2004), pp. 46-49.

65 Dworkin (1977).

66 Atria (2004).

6. Conclusión: clasificación de los derechos fundamentales como herramienta para una dogmática constitucional democrática

La distinción analítica entre derechos a algo, libertades y competencias, pero especialmente la distinción mucho más políticamente disputada sobre derechos civiles, políticos y sociales, contribuye a entender que la forma en que retratamos aquello escrito en nuestro texto constitucional es una cuestión que debe ser construida más que descubierta. Para entender esto es importante aceptar que incluso en una reconstrucción en clave dogmática se ven involucrados aspectos de valoración política.

La primera lección que uno debería sacar de la discusión sobre la clasificación de derechos, por tanto, es que ellas son disputadas y que muchas veces el desacuerdo no está en la superficie sino en la fundamentación de tales distinciones. Mirar con sospecha cuando un punto de desacuerdo político trata de ser zanjado con referencia a una categoría dogmática es, por tanto, el primer consejo para los operadores que trabajan con normas de derechos fundamentales. En esos casos, siempre será aconsejable mirar qué hay detrás de la distinción, qué propósito se avanza y qué se deja atrás aceptando la aplicación de categorías dogmáticas como las estudiadas en este capítulo.

La segunda lección dice relación con el rol de las clasificaciones para el estudio del derecho y la reivindicación de la importancia de su rol pedagógico. Usualmente desdeñadas como elementos meramente pedagógicos, las clasificaciones de derechos suponen un marco de referencia para que los estudiantes de derecho puedan adentrarse en las razones, teorías y fundamentos que subyacen a tales clasificaciones.

Por último, debe apelarse a que este marco de referencia, que permite situar las disputas políticas sobre derechos fundamentales en un campo común y conocido, sea utilizado por nuestros tribunales de justicia. Esto no puede limitarse a un uso alegórico de estas categorías o meramente descriptivo de los nombres de los derechos o los instrumentos internacionales que los consagran, sino que deberían utilizarlos como instrumentos dogmáticos para la adjudicación de los casos que los ocupan. Cuando esto sea el caso, las clasificaciones de derechos fundamentales dejarán de tener la etiqueta de meros elementos pedagógicos y su eficacia práctica se revelará quizás como una parte importante de la práctica política y judicial de nuestro derecho constitucional.

Bibliografía citada

- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ANDRADE, CARLOS, 1963: *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALEXY, ROBERT, 2002: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- ARRIAGADA, MARÍA BEATRIZ, 2015: «¿Protege derechos fundamentales el Tribunal Constitucional chileno?», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 28, N° 1, pp. 145-169.
- ATRIA, FERNANDO, 2003: «La hora del derecho: los derechos humanos entre la política y el derecho», en *Estudios Públicos*, N° 91, pp. 45-89.
- ATRIA, FERNANDO *et al.* (2004): *Derechos Sociales*. Córdoba: Ed. de la Universidad Nacional del Sur.
- _____. (2007): *Mercado y Ciudadanía en la Educación*. Santiago: Ed. Flandes Indiano.
- _____. (2014): *Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM ediciones.
- BASCUÑÁN, ANTONIO, 2007: «Derechos fundamentales y derecho penal», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, pp. 47-74.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, 2004: «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria», en Atria, Fernando *et al.* *Derechos Sociales*. Córdoba: Ed. de la Universidad Nacional del Sur.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST, 1993: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- CEA, JOSÉ LUIS, 2004: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CORREA, SOFÍA y RUIZ-TAGLE, PABLO, 2010: *Ciudadanos en Democracia*. Santiago: Debate.
- DWORKIN, RONALD, 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- ESTEVEZ, CARLOS, 1949: *Elementos de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- EVANS, ENRIQUE, 1986: *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN *et al.*, 1997: *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval.
- HOHFELD, W.N. 1968: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- HONNETH, AXEL, 1996, *The Struggle for Recognition*. Londres: Polity Press.
- _____. (2014): *Freedom's Right*. Londres: Polity Press.

- IIDH, 2008: *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- LÓPEZ-GUERRA, LUIS *et al.*, 1991: *Derecho Constitucional*, Vol. 1. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LOVERA, DOMINGO, 2015: «Las caras de la participación en los derechos sociales», en María Beatriz Arriagada y Agustín Squella, *Revista de Ciencias Sociales*, Número especial sobre Derechos Sociales. En prensa.
- MAÑALICH, JUAN, 2005: «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?», en *Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 245-258.
- MARSHALL, T.H., 2005: *Ciudadanía y Clase Social*. Buenos Aires: Losada.
- MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ, 2010: «Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena», en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 8, N° 2, pp. 125-166.
- NASH, CLAUDIO; CONSTANZA NÚÑEZ Y MINDA BUSTAMANTE, 2014: «Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT», en *Informe Centro de Derechos Humanos*, Universidad de Chile. Disponible on line: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual_DDHH_Convenio_169.pdf> (05.11.2015).
- NEUMANN, FRANZ, 1953: «The concept of political freedom», en *Columbia Law Review*, Vol. 53, N° 7, pp. 901-935.
- NEVES, MARCELO, 2004: «La fuerza simbólica de los derechos humanos», en *Doxa* 27, pp. 143-180.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2003: *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: UNAM.
- PÉREZ-LUÑO, ANTONIO, 2007: *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos.
- RABOSI, EDUARDO, 1998: «Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché», en *Lecciones y Ensayos*, N°s 69, 70 y 71, pp. 41-52.
- RUÍZ-TAGLE, PABLO, 2006: «Entre el iusfundamentalismo y la democracia», en Pablo Ruiz-Tagle y Renato Cristi, *La República en Chile*. Santiago: LOM ediciones, pp. 255-75.
- ROLDAN, ALCIBIADES, 1924: *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*. Santiago: Imprenta Lagunas.
- SALAZAR, SEBASTIÁN, 2013: «Fundamentación y estructura de los derechos sociales», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 26, N° 1, pp. 69-93.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, 1963: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. (2006): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Capítulo IV: Titularidad de los derechos fundamentales

Pablo Contreras*

1. Introducción: ¿Quiénes tienen derechos fundamentales?

Este capítulo analiza la titularidad de los derechos fundamentales bajo el ordenamiento jurídico chileno. La titularidad es uno de los presupuestos de la teoría general de los derechos fundamentales y uno de los elementos centrales de la relación jurídica iusfundamental. Como presupuesto de la teoría, la titularidad responde la pregunta sobre quiénes tienen o poseen derechos fundamentales. Como elemento de la relación jurídica iusfundamental, la titularidad es el concepto que describe la condición de sujeto activo de un derecho que obliga a algo—el objeto del derecho— a alguien—el sujeto pasivo de la obligación o destinatario—¹. En esos términos, la titularidad se entiende como sinónimo de sujeto activo de un derecho.

La titularidad ha sido entendida tradicionalmente como un atributo que gozan las personas naturales. Su fundamento, se ha dicho, radica en la dignidad humana, lo que tendría respaldo en el texto constitución en el artículo 1º, inciso 1º que establece que «[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». A su vez, la titularidad se conecta con el principio de igualdad para dar la máxima protección de los derechos fundamentales, sin discriminación respecto de los individuos.

Sin embargo, se ha desarrollado una expansión de la titularidad respecto de otras categorías de sujetos, como las personas jurídicas o los entes morales. Esta ampliación es relativamente reciente y excepcional y se explica por la razón de tutela del derecho constitucional a los espacios de autonomía de los individuos que se congregan para alcanzar colectivamente sus propios fines de autorrealización.

* Doctor en Derecho, Northwestern University. Profesor de Derecho Constitucional, Universidades Diego Portales y Alberto Hurtado.

1 Sobre las posiciones jurídicas en relación al objeto del derecho, véase el capítulo III; sobre los destinatarios de los derechos, véase el capítulo V.

La categoría dogmática de la titularidad se encuentra en revisión y expuesta a nuevos desafíos. Algunos de ellos dicen relación con la transformación de los derechos fundamentales, desde los clásicos derechos civiles y políticos, a derechos que protegen intereses difusos. Otro de los desafíos se encuentra en la creciente protección judicial de los animales, bajo categorías normativas iusfundamentales, en el derecho extranjero. Estos problemas plantean dilemas para revisar doctrinariamente los alcances de la titularidad bajo el derecho chileno.

El capítulo se estructura de la siguiente forma. Tras esta introducción (1), se explican algunos aspectos conceptuales respecto de la titularidad de derechos fundamentales (2). Aquí se analiza la decisión normativa de atribución/negación de derechos, las diferencias entre titularidad, capacidad y ejercicio de derechos, la separación conceptual entre titularidad y legitimidad activa, así como la revisión de la titularidad como forma de pertenencia y membresía de la comunidad política. La segunda parte trata la regulación constitucional de la titularidad de derechos fundamentales (3). En esta sección, se analiza la regla constitucional de titularidad de derechos, las denominaciones que ocupa la Constitución para atribuir derechos fundamentales y la explicación de algunas categorías de sujetos, en relación con esta regla, como las personas naturales, las jurídicas, los entes morales, los extranjeros y el que está por nacer. La tercera sección analiza los dilemas actuales de la titularidad en tres aspectos: los derechos de titularidad difusa, los derechos colectivos y los derechos de los animales no humanos (4). El capítulo concluye con una síntesis de los principales aspectos en materia de titularidad de derechos fundamentales en Chile (5).

2. Aspectos conceptuales de la titularidad de los derechos fundamentales

2.1. Concepto de titularidad

La titularidad de derechos fundamentales puede definirse como un estatus normativo o condición jurídica en virtud de la cual se constituye un sujeto de derecho que es beneficiado con la protección del derecho, igualdad o libertad que un ordenamiento jurídico reputa como derecho fundamental. En otro lugar lo hemos definido como «la condición jurídica de ser sujeto activo o beneficiario actual de algún derecho o libertad fundamental consagrada en la Constitución y/o en alguno de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren

vigentes»². Se trata, en consecuencia, de un estatus normativo que un ordenamiento jurídico reconoce o atribuye a un sujeto.

La titularidad es un dispositivo jurídico de protección de los bienes fundamentales de los sujetos. Por ello, el ordenamiento jurídico efectúa una decisión de atribución, bajo la forma de derechos, a ciertos sujetos. En general, la atribución de titularidad de derechos se efectúa bajo el mandato de igualdad, de manera tal que las normas que confieran derechos fundamentales lo hagan sin exclusiones o diferenciaciones injustificadas. El fundamento de igualdad se establece a partir del mismo artículo 1º, inciso 1º, que dispone que las personas «nacen libres e iguales en dignidad y derechos», así como de la regla del artículo 19, que establece que la Constitución «asegura a *todas* las personas» los derechos que ese precepto enumera³. Este pilar de igualdad también se establece claramente en el caso de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1)⁴ o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1)⁵.

El valor de la dignidad humana ha sido central para la fundamentación de la titularidad de derechos. Parte de la dogmática nacional ha entendido la dignidad desde una noción iusnaturalista y, especialmente, bajo las ideas católicas⁶. Ejemplo de ello es la posición del profesor Cea. Para él, el artículo 1º establece un «concepto iusnaturalista» en virtud del cual es la «propia naturaleza» de las personas «la que las infunde de tal

2 García y Contreras (2014), p. 853.

3 En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre este punto, véase STC Rol N° 2273-12, cons. 30º.

4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2. «1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto 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 presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1. «1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

6 Agradezco a Rodolfo Figueroa por hacerme presente este punto.

carácter y dignidad. Por lo tanto, el hombre y la mujer son ontológica, deontológica y axiológicamente anteriores y superiores al Estado»⁷. Del mismo modo, el autor estima que un sujeto que goza de dignidad es aquel que «merece algún beneficio, trato, privilegio o, en ciertos casos, también un castigo», citando para tal efecto al *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*⁸. Sin embargo, no hay una sola concepción de dignidad que permite fundar la atribución de derechos fundamentales⁹. La idea de dignidad como concepto iusnaturalista y de fundamentación católica es insuficiente e inaceptable para justificar la atribución de derechos en el marco de un Estado no confesional. Por ello, debe recurrirse a otras concepciones de dignidad. El Tribunal Constitucional define dignidad como la «cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y garantías destinadas a obtener que sean resguardados»¹⁰. Esta definición deja abierta la fundamentación del valor de dignidad que puede efectuar la dogmática¹¹. Para efectos de esta sección, la concepción de dignidad debe contemplar al menos dos sentidos constitucionalmente relevantes¹². El primero es la dignidad como autonomía, es decir, como el respeto de la agencia moral de los individuos. Este sentido se deriva de la protección del libre desarrollo de la personalidad y del reconocimiento de derechos para que las personas puedan desarrollar, de forma autónoma, su propia biografía. El segundo sentido es la dignidad como igualdad, esto es, la igual condición de reconocimiento entre sujetos de derechos. Este sentido supone el reconocimiento intersubjetivo de los miembros de la comunidad política y de sus derechos fundamentales. Sobre la membresía a la comunidad política se vuelve más adelante. Por ahora basta decir que ambas concepciones de dignidad contribuyen a la fundamentación de la atribución de derechos fundamentales mediante una regla de titularidad.

Tradicionalmente, la regla de titularidad se construye en base a la idea de persona. En la filosofía, la discusión sobre la personalidad se aboca a reconocer a la persona moral como centro de imputación

7 Cea (2008), p. 169.

8 Ibid., p. 170, n/p 261.

9 Chueca (2015), p. 26, y Veronesi (2015), pp. 140-144.

10 STC R N° 389-03, cons. 17°.

11 Sobre la dignidad, propósito de la tipicidad iusfundamental, véase el Capítulo II.

12 Sobre esto, véase García y Contreras (2014), pp. 396-397.

de derechos y deberes. Por ello, la discusión versa sobre los distintos caracteres o propiedades que permiten configurar un estatuto de personalidad, tales como la capacidad de autoconciencia o la agencia moral de un individuo¹³. La atribución de personalidad al sujeto es parte de una decisión de la comunidad, en base a caracteres biológicos pero, fundamentalmente, por razones morales, más allá de una adscripción a una especie determinada¹⁴. Desde el punto de vista jurídico, la personalidad sirvió a los fines de atribución de derechos, no necesariamente fundamentales. Las leyes definieron a las personas naturales y jurídicas y las trataron como centros de imputación normativa de derechos y obligaciones. En el caso chileno, el Código Civil fijó las reglas de la personalidad y configuró normativamente a los sujetos susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Por ello, por ejemplo, y a efecto de los fines del Derecho Civil, el no nacido no es persona y no es titular de derechos patrimoniales, tal como lo dispone el artículo 74 del Código Civil. Por otro lado, reglas como la muerte presunta fijan normativamente el fin de la persona –en términos civiles–, lo que desencadena, por ejemplo, la transmisión de derechos patrimoniales y el cese de derechos y obligaciones matrimoniales. La definición del comienzo y el fin de la persona es, en consecuencia, funcional al cumplimiento de los fines propios de dicha disciplina del ordenamiento jurídico. En la actualidad, el concepto de persona se emplea por la Constitución para la atribución de derechos fundamentales, como se explica en la sección 3 de este Capítulo.

Pese a la utilidad de emplear la categoría de persona para la atribución de derechos, titularidad y persona no son dos conceptos que se identifican o se implican. Hay dos razones para sostener que personalidad y titularidad no son sinónimos. Primero, porque la personalidad no atribuye automáticamente derechos fundamentales, como en el caso de las personas jurídicas. Segundo, porque según un sector de la doctrina, existirían entes morales que serían titulares de derechos, pero que, en definitiva, no son personas (en términos de personalidad jurídica). Ambos casos –personas jurídicas y entes morales– se discuten en la sección 3 de este Capítulo.

13 Por ejemplo, en Singer (1988), pp. 101 y siguientes.

14 Un resumen del debate se encuentra en Zúñiga (2013), pp. 200 y ss. La crítica al «especismo» se encuentra en Nino (1984), p. 44. En Chile, véase a Villavicencio (2008) y (2009).

2.2. Atribución/Negación de titularidad

La determinación de quiénes tienen derechos fundamentales y, por lo tanto, son titulares de los mismos, es una decisión normativa que adopta cada ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la atribución de titularidad de un derecho requiere de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico. La evolución de los ordenamientos jurídicos y la expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han propiciado un aumento de los sujetos titulares de derechos¹⁵. Desde la abolición de la esclavitud hasta la protección de grupos, como pueblos indígenas, la evolución de las normas iusfundamentales han incorporado nuevos (y antiguos) sujetos a la protección que dispensan los derechos fundamentales¹⁶.

En la actualidad, la decisión de atribución de derechos se positiviza en reglas constitucionales. Adicionalmente, los tratados internacionales y, en general, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establecen reglas particulares de titularidad de derechos humanos. Por lo tanto, para alegar la titularidad de un derecho se requiere invocar una norma jurídica que determine una atribución del mismo a un sujeto. Los enunciados iusfundamentales que atribuyen titularidad requieren ser interpretados según sea el caso. Por lo tanto, los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, pueden especificar y concretizar las normas de titularidad del derecho.

Un sector de la doctrina estima que la atribución de la titularidad no depende de una norma iusfundamental positiva¹⁷. Sin embargo, de las teorías de derecho natural no puede deducirse un catálogo de derechos, cuestión que ya apuntaba Jellinek a propósito de las revoluciones estadounidense y francesa¹⁸. El Tribunal Constitucional ha fallado que «los hombres son titulares de derechos *por ser tales*, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional»¹⁹. Es dudoso si esto se mantiene hasta hoy, puesto que el Tribunal ahora parece entender que la atribución de titularidad se efectúa en base a la regla del artículo 19, en conexión con otras disposiciones constitucionales, según sea el caso²⁰.

15 Sobre la progresión de reconocimiento de derechos fundamentales (y sus limitaciones), en el caso chileno, véase el Capítulo I.

16 Peces-Barba (1995), pp. 180 y ss.

17 Por ejemplo, Molina (2008), p. 194; Quinzio (2004), p. 2, o Evans (1999), p. 23.

18 Jellinek (2000), pp. 126-128.

19 STC Rol N° 226, cons. 25° (énfasis agregado).

20 STC Rol 2273-12, cons. 27°.

En general, la asignación de titularidad se hace mediante una norma amplia de atribución de derechos fundamentales. En el caso chileno, el inciso primero del artículo 19 establece que «[l]a Constitución asegura a *todas las personas*» determinados derechos que enumera. El enunciado es deliberadamente amplio y busca ser omnicomprensivo respecto a «todas las personas».

En el caso de los tratados internacionales, se utilizan técnicas como la del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto 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 presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el Pacto confiere derechos a los individuos o personas físicas²¹ y que, pese a que no menciona las personas jurídicas ni los entes morales, algunos derechos podrían ser atribuidos a tales sujetos, como la libertad religiosa, el derecho de asociación o los derechos las minorías²². En ciertos casos, el tratado especifica al titular de derechos, como lo hace el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano». La intención original de la Convención era reservar la protección del tratado a las personas naturales, de «carne y hueso»²³, pese a la ampliación indirecta de tutela de derechos que ha desarrollado la jurisprudencia respecto de ciertos sujetos colectivos²⁴.

La negación de la titularidad es también una decisión normativa adoptada por un ordenamiento jurídico. Se define como una prohibición de atribución de titularidad de un derecho a determinados sujetos. Como la vocación de las reglas de derechos fundamentales y, especialmente, las que atañen a personas naturales, es la máxima protección de los intereses de todos los sujetos es excepcional encontrar negaciones de

21 Medina (2005), p. 58.

22 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31. The Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant* (2004), cons. 9º, disponible en United Nations (2008), p. 245.

23 Gross Espiell (1991), p. 72.

24 Ferrer Mac-Gregor y Möller (2014), p. 62 y siguientes; Núñez Marín (2010); Zúñiga Urbina (2013).

titularidad. No obstante, es posible identificar reglas iusfundamentales que niegan la titularidad de derechos. El ejemplo más claro, en la Constitución, es el que se encuentra establecido a propósito de la huelga²⁵. El artículo 19 N° 16, inciso final, dispone que «[n]o podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional [...]». Se podría argumentar que la Constitución no niega la titularidad del derecho sino que prohíbe su ejercicio a determinados sujetos. Sin embargo, tal como se ha afirmado, la prohibición de la posibilidad de ejercitar un derecho es lo mismo que limitar su titularidad²⁶.

2.3. Titularidad, capacidad y ejercicio de derechos

Se debe distinguir entre titularidad, capacidad y ejercicio de derechos. Mientras que bajo la primera categoría un sujeto tiene, posee o se le reputa un derecho, bajo la segunda se tiene jurídicamente la posibilidad de ejercicio. El ejercicio del derecho es, entonces, una actividad potencial de parte del titular del derecho y dependerá no sólo de su capacidad de goce, sino también de su capacidad de ejercicio²⁷.

La ley regula la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, como es el caso del derecho civil y el ejercicio de derechos patrimoniales. Así, por ejemplo, si bien una persona puede ser titular del derecho de propiedad, para poder ejercer cierta facultad del dominio –como es la facultad de disposición– se requiere que sea civilmente capaz de ejercitarlo. Pero no se debe confundir la capacidad civil de ejercicio con la capacidad iusfundamental de ejercicio. Un ejemplo grafica esta distinción. Un menor de edad es civilmente incapaz de ejercicio en materia de derechos patrimoniales pero perfectamente tiene capacidad iusfundamental de ejercicio de otros derechos, como la libertad de expresión o el derecho

25 Existe cierta discusión sobre si el derecho a huelga es un derecho fundamental. Un resumen del debate se encuentra en García y Contreras (2014), pp. 337-339. Para efectos del argumento, se asume que el derecho de huelga es considerado un derecho fundamental y se analizan las reglas constitucionales que atañen a su titularidad.

26 García (2005), p. 214.

27 Estos conceptos, a su vez, deben vincularse con el de renuncia de derechos. Véase el Capítulo X.

de reunión. Por ello, se afirma que la regla general en el derecho constitucional es que todas las personas tienen capacidad de goce de derechos fundamentales –o capacidad de obrar iusfundamental– y, en principio, todas ellas tienen capacidad de ejercicio iusfundamental de derechos²⁸. Es la personalidad la fuente para atribuirle, sin perjuicio de que el legislador pueda regular la capacidad de ejercicio en virtud de determinados fines, como los propios del derecho civil.

Para Nogueira, la distinción entre titularidad y capacidad es funcional para reconocer la atribución del derecho a la vida al no nacido²⁹. Según este autor, el *nasciturus* sería una persona y, por ende, titular del derecho a la vida, sin perjuicio de que no pueda ejercer el derecho. Por ello, en su argumentación, distinguir conceptualmente entre titularidad y capacidad es central para el reconocimiento del derecho a la vida del no nacido. Este problema, sin embargo, es discutido con mayor detalle en una sección posterior de este capítulo.

2.4. Titularidad y legitimidad activa

La titularidad es una categoría que debe distinguirse conceptualmente de la legitimidad activa. La legitimidad activa se define como la aptitud procesal de un sujeto de derecho para impetrar acciones o recursos que tutelan derechos fundamentales. Una forma sencilla de entender esta distinción es recurriendo a las clasificaciones entre materias sustantivas y procesales. Mientras que la titularidad es una categoría propia del derecho constitucional material o sustantivo, la legitimidad activa es un concepto del derecho constitucional adjetivo o procedimental. En otros términos, la titularidad determina el sujeto activo de un derecho fundamental, y la legitimidad activa el sujeto activo de una garantía jurisdiccional de un derecho³⁰. Esta distinción técnica ya era advertida por Aldunate hace algunos años³¹. Los primeros trabajos sobre recurso de protección no diferenciaban completamente ambas categorías e intentaban fundamentar una legitimidad amplia del recurso en conexión a una regla amplia de titularidad³².

28 Bastida et al. (2004), p. 86.

29 Nogueira (2006), p. 262.

30 Sobre la garantía jurisdiccional de los derechos, véase el capítulo XII.

31 Aldunate (2003), p. 200, y Aldunate (2008), p. 160.

32 Soto Kloss ha planteado que la regla de legitimidad activa amplia del recurso de protección se basa en las ideas de Jaime Guzmán en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde, en función del «derecho a la autonomía

La distinción conceptual es relevante para comprender debidamente la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Si bien suele coincidir que el titular de un derecho sea legitimado activo para interponer una acción o recurso, al ser cuestiones conceptualmente distintas puede darse el caso de que no haya plena correspondencia entre titular y legitimación activa. Tomemos el caso de la acción de amparo. La regla de legitimidad activa del *habeas corpus* se encuentra en el artículo 21 de la Constitución. Específicamente, todo individuo arrestado, detenido o preso con infracción a la Constitución o las leyes puede interponer esta acción «por sí, o por cualquiera a su nombre». Esta acción constitucional tiene por objeto proteger la libertad personal y seguridad individual de las personas. Si una persona es detenida ilegalmente y es retenida en un lugar no destinado a la detención, probablemente se encontrará en una situación de indefensión que fácticamente le impedirá reclamar la protección de los tribunales a través de esta acción. En este caso, el titular del derecho a la libertad personal y seguridad individual no puede interponer «por sí» la acción de amparo. Por ello, la Constitución establece una regla de legitimidad activa amplia, que habilita a sujetos distintos del titular del derecho («cualquiera a su nombre») para recabar la protección que brinda esta garantía jurisdiccional. Es decir, hay legitimados activos que no necesariamente son titulares del derecho en cuestión. Este ejemplo explica que titularidad y legitimidad activa son dos conceptos distintos entre sí.

2.5. Titularidad y membresía de la comunidad política

Para cerrar el apartado de titularidad, hay que destacar cómo esta categoría se conecta también con la idea de pertenencia o membresía de la comunidad política. Se trata de una idea de titularidad más amplia, en referencia a la teoría política. Las ideas de T. S. Marshall son particularmente notables en esta materia. Para Marshall, la pertenencia a la comunidad política se basa en un criterio de igualdad

de los cuerpos intermedios» se debía extender la protección de derechos fundamentales para personas jurídicas, morales o grupos en general. Soto Kloss (1982), pp. 72-73. La idea se reitera en Soto Kloss (2010), pp. 612 y 620. La distinción conceptual entre titularidad y legitimidad activa es necesaria para no depender de la coincidencia contingente entre reglas amplias de titularidad y de legitimidad activa, como ocurre con el recurso de protección. Bien puede ocurrir que una garantía constitucional se diseñe con reglas de legitimidad estrictas que no por ello limitan la titularidad del derecho fundamental y su protección en base a otras garantías.

humana básica, con independencia de las desigualdades fácticas – sociales y económicas– que existen en una sociedad. Esa membresía se conoce como ciudadanía y, de acuerdo a este autor, se desarrolló y expandió mediante el reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales³³. Así, la ciudadanía –en clave de sucesiones de derechos atribuidos y sobre el valor básico de igualdad– se configura como un estatus que permite determinar quiénes son miembros de una comunidad política³⁴. Marshall sostuvo que «[l]a igualdad implícita en el concepto de ciudadanía, aun cuando limitada en contenido, ha socavado la desigualdad del sistema de clases, que era, en un principio, de una total desigualdad»³⁵.

La idea de Marshall es central para conectar la atribución de derechos fundamentales en clave histórica y bajo razones políticas. La noción de «generaciones de derechos humanos» se explica por la sucesión en el tiempo de la ampliación de protección de personas y de esferas de acción humana bajo las categorías de derechos fundamentales o humanos. Esta es, de hecho, la correcta interpretación de tal noción y no aquella que subordina en importancia los derechos sociales a los de corte civil o político³⁶.

En esta noción política, la atribución de derechos puede entenderse como proceso de integración de individuos a la comunidad política. Ese concepto amplio de ciudadanía –en contraposición a uno meramente circunscrito a la participación política– permite entender que los derechos que se atribuyen al ciudadano son condiciones de posibilidad para que el individuo pueda ejercer agencia deliberativa en la comunidad. En otros términos, la atribución de derechos fundamentales habilita la agencia política y constituye al ciudadano. Dado ese marco, no es difícil entender que los derechos sociales, por ejemplo, son parte de la sustancia de la ciudadanía³⁷.

33 Marshall (1950), pp. 8-11.

34 Ibid., p. 28.

35 Ibid., p. 30.

36 Sobre las generaciones de derechos, véase el capítulo III.

37 Atria (2014), pp. 45-53.

3. Titularidad de los derechos fundamentales en Chile

3.1. La regla constitucional de titularidad

Bajo el ordenamiento jurídico chileno, la regla constitucional de titularidad es el artículo 19, que dispone que la Constitución «asegura a todas las personas» los derechos que dicho precepto enumera. La literatura nacional está de acuerdo en este punto³⁸. Para Aldunate, la regla general del artículo 19 debe ser concordada con el artículo 1º inciso 1, que dispone que «[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

La regla de titularidad está asociada al concepto de personalidad. Por ello, la regla general es que las personas naturales sean los titulares de derechos fundamentales y que, desde el punto de vista constitucional, éstas se reputan como tales desde el nacimiento, en concordancia con lo que dispone la legislación civil³⁹ y penal⁴⁰. No obstante, el Tribunal Constitucional ha ampliado la regla y, como se revisa más abajo, ha entendido que el no nacido debe ser considerado persona para efectos constitucionales.

La Constitución de 1980 modificó la regla de titularidad que existía bajo la Constitución de 1925. Bajo el anterior texto constitucional, los derechos se aseguraban «a todos los habitantes de la República» (art. 10, Constitución de 1925). La doctrina afirma que el cambio tenía por objeto efectuar la atribución de derechos bajo un concepto más amplio que el de la mera habitación⁴¹. Así, Cea ha expresado que la regla de la Constitución anterior excluía a las personas jurídicas y los entes morales, «pues aquellos no habitan, moran ni conviven en nuestra geografía»⁴². El Tribunal Constitucional, a su vez, afirmó que el cambio de la voz «habitantes» por el de «personas» permite superar una «ambigüedad

38 Cfr. a título meramente ejemplar, Aldunate (2008), p. 148; Cea (2012), p. 50; García y Contreras (2014), p. 853.

39 Cfr. los artículos 74 y siguientes del Código Civil.

40 Cfr. los tipos penales de aborto, establecidos en los artículos 342 y siguientes del Título VII «Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual», Libro II del Código Penal; y los tipos penales de homicidios, configurados en los artículos 390 y siguientes del Título VIII «Crímenes y Simples Delitos contra las Personas», Libro II de dicho cuerpo legal.

41 Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2002), p. 193; Cea (2012), p. 50; Evans (1999), p. 26; Molina (2008), p. 195.

42 Cea (2012), p. 50.

terminológica» para la atribución de titularidad⁴³. En consecuencia, la regla de la Constitución de 1980 es claramente más amplia por tres características. Primero, porque no utiliza el factor de habitación como criterio diferenciador para la atribución de derechos fundamentales. Segundo, porque la expresión persona –sin ulterior especificación– no distingue entre nacionales y extranjeros. Finalmente, porque al utilizar la voz «persona» se abre la posibilidad de adscribir iusfundamentalmente la titularidad de personas jurídicas y no sólo las naturales.

3.2. Desarrollo dogmático y jurisprudencial de la titularidad

3.2.1. DENOMINACIONES Y ESPECIFICACIONES DE LA TITULARIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La regla general de titularidad no excluye técnicas especiales de atribución y especificación de derechos. La Constitución utiliza distintas denominaciones en el reconocimiento de derechos. No es el objetivo de este capítulo compilar todas las fórmulas textuales de la Constitución para hacer efectivo el reconocimiento de derechos, pero sí de explicar que las normas constitucionales especifican y detallan la titularidad con distintas expresiones⁴⁴.

La expresión «persona» no sólo aparece en la regla del artículo 19, sino también a propósito de distintos derechos, incluso al punto de la redundancia. Ejemplo de ello es el artículo 19 N° 1, que dispone: «La Constitución asegura a todas las *personas*: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la *persona* [...]». La expresión persona se repite en otros casos, como en el principio de igualdad⁴⁵; el derecho de defensa jurídica⁴⁶; «el respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la *persona* [...]»⁴⁷; o la libertad de contratación⁴⁸, entre otros derechos.

Hay otras expresiones que refieren a la titularidad de derechos dentro del texto constitucional. Por ejemplo, algunas voces refieren a personas naturales, como «hombres y mujeres» (art. 19 N° 2), «individuo» (art. 19 N° 7, letra d) o «habitante» (art. 19 N° 8, inc. 3°). En ocasiones, esta atribución a personas naturales se efectúa mediante la determinación

⁴³ STC Rol N° 2273-12, cons. 29°.

⁴⁴ Más detalles en García y Contreras (2014), pp. 853 y siguientes.

⁴⁵ Artículo 19 N° 2.

⁴⁶ Artículo 19 N° 3, inciso 2°.

⁴⁷ Artículo 19 N° 4.

⁴⁸ Artículo 19 N° 16, inciso 2°.

de un parentesco, como «ascendientes», «descendientes» y «cónyuge» (art. 19 N° 7, letra f) o «padres» (art. 19 N° 10, inc. 3° y art. 19 N° 11, inc. 4°). En otras partes de la Constitución, se utilizan fórmulas impersonales, como «quienes» (art. 19 N° 3, inc. 3°) o «nadie» (art. 19 N° 3, inc. 4° o art. 19 N° 15, inc. 3°, entre otros).

La Constitución especifica el titular del derecho en determinados casos. Los derechos fundamentales de carácter laboral son un buen ejemplo de esto. El derecho a negociar colectivamente se reconoce respecto de los *trabajadores* (art. 19 N° 16, inc. 5°). Como se ha explicado, en esta materia la titularidad tiene un grado de concreción en función de la naturaleza del vínculo de subordinación o dependencia de estos sujetos⁴⁹. La especificación podría tener otro fundamento, como en el caso de *autores*, respecto de la libertad de creación artística (art. 19 N° 25) o miembros de las Fuerzas Armadas, respecto del derecho de defensa, en el ámbito disciplinario (art. 19 N° 3, inc. 2°). Esta especificación no obsta a reconocer la universalidad de los derechos fundamentales. Los derechos seguirían protegiendo bienes jurídicos que en abstracto interesan a todos y que deben ser asegurados respecto de todas las personas⁵⁰.

El proceso de especificación tiene mayor impacto en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, se constata la creación de tratados internacionales que recogen derechos respecto de determinados colectivos, destacando mujeres⁵¹, niños⁵², pueblos indígenas⁵³ y discapacitados⁵⁴. La Constitución de 1980 no contiene especificaciones respecto de estos grupos desaventajados. En términos de su estructura de atribución de derechos, la Constitución sigue un diseño formal que omite la realidad subyacente que viven estos grupos para efectos del catálogo de derechos.

49 Irureta (2006), pp. 33-34.

50 Cfr. Prieto (1990), p. 82: «La fundamentación de esos derechos [especificados] implica reconocer que determinados objetivos vitales de algunas personas tienen tanta importancia como los objetivos básicos del conjunto de los individuos.

51 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (D.S. No. 789, D.O. 09.12.1989).

52 Convención de Derechos del Niño (D.S. No. 830, D.O. 27.09.1990).

53 Convención N°. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente de la Organización Internacional del Trabajo (D.S. No. 236, D.O. 14.10.2008).

54 Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (D.S. 201, D.O. 17.09.2008).

3.2.2. PERSONAS NATURALES

La persona natural es el titular de derechos fundamentales por excelencia. El constitucionalismo comprende un proceso de reconocimiento formal de atribución igualitaria de derechos a todos los seres humanos⁵⁵. Esto se infiere explícitamente de la regla del artículo 19, en concordancia con el artículo 1º inciso 1º de la Constitución. En principio, *todos* los derechos que la Constitución confiere deben ser atribuidos a *todas* las personas naturales. El Tribunal Constitucional entiende que la titularidad de derechos fundamentales no depende normativamente de la regla que la atribuye, como se revisó antes. Así, ha fallado que «los hombres son titulares de derechos *por ser tales*, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional»⁵⁶.

No se discute hoy sobre la atribución de derechos fundamentales a personas naturales. Pero ello responde a una evolución política. El primer gran paso fue la abolición de la esclavitud, en la que Chile fue uno de los primeros protagonistas⁵⁷. La ampliación del sufragio, por otra parte, conllevó una extensión de la titularidad de dicho derecho de participación política, como expresión de la pertenencia a una comunidad político-democrática. De un sufragio censitario en las primeras constituciones chilenas se amplió la ciudadanía al punto de resguardar el sufragio universal. Este proceso de conquista del sufragio, por parte de mujeres, pobres, discapacitados y analfabetos sólo se consolida en Chile en el año 1972⁵⁸.

Las excepciones de titularidad de personas naturales se encontrarán en el caso de especificación de la regla de titularidad. De esta forma, si bien cualquier persona natural es, en abstracto, apta para ser titular de un derecho, la Constitución puede situarla en una posición jurídica determinada. Por ello, en rigor, no son excepciones, sino reglas especiales de titularidad. Un ejemplo es el del derecho a negociar colectivamente, donde la atribución del derecho se efectúa en el caso que goce de la calidad de *trabajador* que dispone la Constitución (art. 19 N° 16, inc. 5º).

55 Laporta (1987), p. 32.

56 STC Rol N° 226, cons. 25º (énfasis agregado).

57 Manuel de Salas promovió la Ley de «Libertad de Vientres» en 1811, regla que fue constitucionalizada en 1818. La Constitución actual establece la prohibición de esclavitud a propósito de la igualdad ante la ley, en el artículo 19 n° 2. Para estos antecedentes, véase García & Contreras (2014), pp. 411-412.

58 Véase, en general, Valenzuela (1985).

3.2.3. PERSONAS JURÍDICAS

Un caso más complejo de titularidad de derechos fundamentales corresponde a las personas jurídicas. La Constitución no cuenta con una regla especial de titularidad para este tipo de personas. La doctrina interpreta la regla del artículo 19 en términos amplísimos. Así, cuando la Constitución «asegura a todas las *personas*», con este vocablo comprendería no sólo a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas⁵⁹.

El texto constitucional sólo menciona explícitamente a las personas jurídicas en determinados casos. Algunas disposiciones confieren derechos por igual a personas naturales y jurídicas, como el derecho de rectificación (art. 19 N° 12, inc. 3°), el derecho de «fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos» (art. 19 N° 12, inc. 4°), o el derecho de propiedad (como está dispuesto en el art. 19 N° 24, especialmente en su inc. 6°). En otros casos, la Constitución se refiere a ciertas entidades específicas como titulares de derechos y obligaciones constitucionales. En esta hipótesis se encontrarían las *universidades* y «demás personas y entidades que la ley determine», respecto del derecho a «establecer, operar y mantener estaciones de televisión» (art. 19 N° 12, inc. 5°); los *partidos políticos*, en relación al derecho de asociación (art. 19 N° 15, inc. 5°); los *colegios profesionales*, en relación a la libertad profesional (art. 19 N° 16, inc. 4°); o las *organizaciones sindicales*, en relación a la libertad sindical (art. 19 N° 19, inc. 2°). El texto específico de estos preceptos constitucionales alivia la tarea de argumentación de la titularidad para estas personas jurídicas.

Más complejo es el caso de otros derechos en los que la Constitución no menciona a las personas jurídicas. Los autores, más allá de una declaración genérica a favor de la interpretación amplísima de la regla de titularidad del artículo 19, no detallan la fórmula de extensión del reconocimiento de otros derechos a las personas jurídicas⁶⁰. Sólo parte de la literatura se refiere a este asunto. Así, Cea estima que hay ciertos derechos que «por su naturaleza» corresponden únicamente a las personas naturales, como el derecho a la vida o la libertad

59 Nogueira (2006), pp. 262-263; Molina (2008), p. 195; Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2002), p. 193; Evans (1999), p. 26; Cea (2012), p. 51. En relación con el recurso de protección, Soto Kloss (1982), p. 73 y Soto Kloss (2010), p. 620.

60 Es lo que ocurre con Molina Guaita (2008), p. 195; Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2002), p. 193; Evans (1999), p. 26; Soto Kloss (1982), p. 73, y Soto Kloss (2010), p. 620. El problema es advertido en Aldunate (2008), p. 157.

ambulatoria, mientras que otros derechos «únicamente incumben a personas jurídicas», como la autonomía de las organizaciones sindicales o derecho de instituciones religiosas a erigir y conservar templos⁶¹. Núñez sostiene que las personas jurídicas de derecho privado se entienden comprendidas bajo la regla de titularidad de derechos, especialmente de orden patrimonial, contando con legitimidad activa para accionar de protección, en las hipótesis que regula el artículo 20 de la Constitución⁶². Este autor se manifiesta crítico de la extensión de la titularidad a las personas jurídicas de derecho público y afirma que el Estado es sujeto pasivo y no titular de derechos⁶³. Para Aldunate, la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas no puede aplicarse en forma «irrestricta» y debe adecuarse a los «elementos subjetivos de la tipicidad iusfundamental» del derecho, al parecer, siguiendo los criterios del Tribunal Constitucional federal alemán⁶⁴. Finalmente, Figueroa parece aceptar la titularidad amplia de derechos fundamentales que alcanza a las personas jurídicas que no ejercen potestades públicas⁶⁵. Con respecto del respeto a la privacidad, sostiene que si ésta se entiende como un derecho basado en la dignidad humana, en principio, las personas jurídicas no tendrían derecho a la privacidad; sin embargo, es posible entender que el derecho a la privacidad tienen ciertas dimensiones que sí podrían alcanzar a las personas jurídicas, como la protección de información comercial⁶⁶.

En la experiencia comparada, hay textos constitucionales que se hacen cargo explícitamente sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas. El caso paradigmático se encuentra en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. El artículo 19.3 dispone que «[l]os derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su propia naturaleza, aquellos les

61 Cea (2012), p. 51. Cfr. Lo afirmado literalmente por Nogueira (2006), p. 262-263: «El respeto de los derechos de las personas contemplado en nuestro artículo 19 No. 1 no solo se refiere a los seres humanos, sino también a las personas jurídicas de acuerdo a la naturaleza de las mismas [...]». (énfasis en el original). Conforme a lo que expresa este autor, *las personas jurídicas serían titulares del derecho a la vida y del derecho a la integridad física y síquica, ambos consagrados en el artículo 19 N° 1 de la Constitución.*

62 Núñez (2001), p. 202-203.

63 Ibid., p. 203-204.

64 Aldunate (2008), p. 157.

65 Figueroa (2014), pp. 51-52.

66 Ibid., pp. 52-56.

sean aplicables». La Constitución portuguesa establece una norma similar⁶⁷. El Tribunal Constitucional federal alemán ha determinado que para hacer procedente la aplicación de esta regla de titularidad debe examinarse «si en el caso concreto el derecho fundamental es aplicable» a la persona jurídica en cuestión⁶⁸. En general, el Tribunal alemán no ha tenido dificultades de aplicar derechos fundamentales a personas jurídicas de derecho privado, como en el caso de la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad⁶⁹. Sin embargo, se ha negado a extender la titularidad a las personas jurídicas de derecho público en función de «la esencia de los derechos fundamentales» recogida en el propio artículo 19. El fundamento de titularidad de las personas jurídicas, en consecuencia, es la protección de derechos fundamentales «sólo cuando su constitución y actividad son expresión del libre desarrollo de las personas naturales, especialmente cuando el “actuar” de los seres humanos que se encuentran detrás de las personas jurídicas aparecen como necesarias o pertinentes»⁷⁰. El Tribunal Constitucional alemán, en consecuencia, fue cuidadoso de no extender la regla de titularidad al punto de desvirtuar la concepción de los derechos fundamentales como una protección frente al ejercicio de los poderes públicos. Así, los derechos fundamentales, como barrera de defensa, se aplicarían no sólo cuando el Estado opera directamente sino también cuando lo hace a través de una entidad legal creada para cumplir sus funciones públicas⁷¹. El criterio de «función pública» es central para diferenciar el caso en que es posible una extensión de la regla de titularidad a personas jurídicas de derecho público. Si ésta cumple funciones públicas –como poder estatal–, entonces no sería aplicable la regla de titularidad del artículo 19.3. Si, por el contrario, la persona jurídica de derecho público no desempeña funciones públicas, entonces sí sería procedente la regla en comento. El Tribunal cita el

67 Artículo 12.2 «Las personas colectivas gozarán de los derechos estarán sometidas a los deberes compatibles con su naturaleza».

68 Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerGE 21, 362 (1967), citado de Schwabe (2009), p. 451.

69 Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerGE 21, 362 (1967), citado de Schwabe (2009), p. 451.

70 Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerGE 21, 362 (1967), citado de Schwabe (2009), p. 452.

71 Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerGE 21, 362 (1967), citado de Schwabe (2009), p. 452.

caso de la libertad de expresión respecto de las universidades y ciertos derechos fundamentales a iglesias y comunidades religiosas que se han constituido en corporaciones de derecho público⁷².

El criterio fijado por el Tribunal Constitucional federal alemán puede servir de guía para la interpretación de la regla de titularidad chilena. Como la Constitución que nos rige no especifica la titularidad de personas jurídicas –salvo por algunas disposiciones expresas–, la extensión de derechos fundamentales a este tipo de sujetos debería seguir, principalmente, dos criterios: primero, la determinación si respecto de la naturaleza del derecho, este puede ser aplicable a una persona jurídica⁷³; segundo, la extensión de titularidad –en cuanto la naturaleza del derecho lo haga aplicable– será, por regla general, a personas jurídicas de derecho privado. En el caso de las personas jurídicas de derecho público, habrá que distinguir si éstas cumplen o no funciones públicas. En el caso afirmativo, no procedería la extensión de titularidad⁷⁴. En el caso negativo –es decir, si la persona jurídica de derecho público no ejerce funciones públicas–, sería posible la extensión de titularidad, siempre que se cumpla el presupuesto de que la naturaleza del derecho es como de aquella que pueda atribuirse a personas jurídicas⁷⁵.

Estos criterios tienen justificación normativa en la Constitución. Las personas jurídicas son entidades instrumentales creadas por personas naturales para determinados fines. En materia de derechos fundamentales, esta instrumentalidad tiene el límite de no violentar

72 Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerGE 21, 362 (1967), citado de Schwabe (2009), p. 452. Lo mismo acontece con las emisoras de radio del derecho público, como reconoció en la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, BVerGE 31, 314 (1971), citado de Schwabe (2009), pp. 452-453.

73 Así se reconoce en la STC Rol N° 2273-12, cons. 29°.

74 Cfr. Nogueira (2003), p. 100, quien sostiene que «[e]l problema más trascendente es si los poderes públicos, en cuanto tales, pueden ser sujetos de derechos fundamentales». A juicio de este autor, «no hay razón para que ellos no sean sujetos del derecho a la tutela judicial efectiva [...], como asumimos, que corporaciones universitarias de derecho público no puedan reivindicar el derecho a la autonomía universitaria». Por lo tanto, para este autor, habría una extensión más amplia de la regla de titularidad para personas jurídicas de derecho público.

75 Los criterios del Tribunal Constitucional federal alemán parecen ser la base a partir de la cual Aldunate desarrolla el tratamiento diferenciado entre personas jurídicas de derecho privado y público. Véase Aldunate (2008), pp. 158-160.

los derechos individuales de los miembros de tales entidades. El límite se deriva del reconocimiento de los grupos intermedios y los límites del bien común (art. 1º, inc. 3º y 4º). La Constitución excluye la aplicación de criterios corporativistas en el ejercicio de derechos fundamentales. El carácter instrumental de la persona jurídica, por otro lado, justifica la excepcionalidad de la extensión de la regla de titularidad de derechos⁷⁶.

Uno de los problemas de la aplicación de estos criterios se encontraría en decisiones jurisprudenciales que son manifiestamente contradictorias. Nótese la disparidad entre los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema, por ejemplo, entre la titularidad de derechos fundamentales respecto de un recurso de nulidad en sede procesal penal y en los innumerables fallos de recursos de protección. En el primer caso, conocido como caso «Bombas», la Corte Suprema argumentó que el Ministerio Público no podía alegar una vulneración al debido proceso porque no era titular de dicho derecho⁷⁷. La Corte sostuvo que el Ministerio Público no era «destinatario» del derecho al debido proceso –confundiendo, conceptualmente, titularidad con destinatarios⁷⁸– e interpretó la regla de titularidad de la siguiente forma: «el texto del artículo 19 de la Constitución Política, expresa: “La Constitución asegura a todas las personas”, lo que deja en claro que los derechos que a continuación establece lo son sólo para estas últimas: *las personas* (sean éstas naturales o jurídicas, aunque estas últimas sólo respecto de derechos muy específicos) y *no de órganos del Estado, que es la calidad que inviste el Ministerio Público*. Para la mejor comprensión de este tema, es necesario recordar que la Constitución Política fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con los ciudadanos, de modo que conforma también un conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal»⁷⁹. Sin perjuicio de los méritos de esta argumentación, la misma Corte Suprema acepta cotidianamente recursos de protección que son interpuestos por órganos públicos en las que éstos reclaman la protección de derechos establecidos en el mismo artículo 19. Piénsese en los recursos de protección

76 Aldunate (2008), p. 158.

77 Corte Suprema, Rol N° 83189, de 10 de octubre de 2012, cons. 10º.

78 Sobre esto, véase el Capítulo V.

79 Corte Suprema, Rol N° 83189, de 10 de octubre de 2012, cons. 10º (énfasis agregado).

que presentan las municipalidades⁸⁰ o universidades estatales⁸¹. En estos casos no hay siquiera discusión sobre si el recurrente –un órgano estatal– es titular del derecho presuntamente afectado ni menos si está obrando a nombre de otro titular del derecho. Esta precisión se omite, incluso, para verificar el cumplimiento de las reglas de legitimidad activa del recurso de protección. Ello refuerza que la Corte Suprema no tiene un criterio uniforme para determinar la titularidad de derechos fundamentales respecto de personas jurídicas de derecho público.

3.2.4. ENTES MORALES

Los entes morales también se conocen como «personas colectivas» o, en general, grupos o asociaciones de personas que carecen de personalidad jurídica. Núñez las define como «aquellas agrupaciones de personas naturales que, constituyendo asociaciones, carecen de personalidad jurídica»⁸². Parte importante de la doctrina estima que los entes morales son titulares de derechos fundamentales pero sin explicitación mayor de las razones para tal protección instrumental o de sus bases normativas⁸³.

La Constitución menciona explícitamente a algunos de estos grupos en relación a los derechos fundamentales. El ejemplo más claro es el del artículo 19 N° 4, que dispone el respeto y protección de la honra de la *familia*. También se encuentra la referencia del artículo 19 N° 6, inciso 2°, que otorga el derecho a las *confesiones religiosas* de erigir y conservar templos, sin que se exija de ellas la personalidad jurídica. A su vez, debe citarse la regla general de protección de autonomía de los grupos intermedios, establecida en el artículo 1°, inciso 3° de la Constitución.

Nogueira sostiene que el fundamento de esta extensión de la regla de titularidad de derechos se funda en el reconocimiento constitucional de la autonomía de los grupos intermedios, «los cuales tienen el carácter

80 Véase, entre muchos otros: Corte Suprema, Rol N° 118615 (Municipalidad de Ancud) de 18 de agosto de 2015; o Corte Suprema, Rol N° 41394 (Corporación Municipal de Viña del Mar), de 20 de junio de 2013.

81 Por ejemplo: Corte Suprema, Rol N° 13342 (Facultad de Agronomía de la Universidad de Chile), de 15 de enero de 2014.

82 Núñez (2001), p. 201.

83 Núñez (2001), p. 201-202; Nogueira (2003), p. 100; Molina (2008), p. 195; Cea (2012), p. 51. Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2002), p. 193, y Evans (1999), p. 26, no mencionan a los entes morales o a los grupos sin personalidad jurídica.

de individuos colectivos, en cuanto grupos integrados cuya finalidad sea la defensa de determinados ámbitos de libertad o realización de intereses o valores que formen el sustrato último de los derechos esenciales»⁸⁴. No es claro si sólo esas agrupaciones –aquellas que tengan por finalidad la defensa de derechos– son las únicas susceptibles de ser titulares de derechos o, adicionalmente, se comprenden otros entes morales⁸⁵. Cea, por otro lado, sostiene que los entes morales o sociedades de hecho son titulares en tanto cuanto «el buen juicio o el criterio razonable indica que es procedente respecto de la persona, ya que el derecho a la vida, a la integridad personal y a la intimidad, por ejemplo, no pueden siempre entenderse, en ese sentido lógico, extendidos a un ente jurídico o moral, a menos que sea por vía analógica no exenta de controversia ni de aplicación peligrosa»⁸⁶. Para este autor, en consecuencia, se aplicaría, en principio, el mismo criterio que las personas jurídicas: la extensión de titularidad a un ente moral en función de la naturaleza del derecho. No obstante, Cea no descarta extender analógicamente derechos como la vida o la intimidad a estos grupos, aun cuando admite que dicha estrategia sería controversial o de «aplicación peligrosa». Núñez estima que los entes morales serían titulares de todos aquellos derechos que «por su propia naturaleza, admitan ejercicio por parte de entes colectivos», pero restringiría la titularidad de derechos patrimoniales al status de persona jurídica⁸⁷. El fundamento constitucional de tal extensión, en opinión de este autor, radicaría en la noción amplia de persona y de grupos intermedios de los artículos 1º y 19 N° 15 de la Constitución.

Quien ha sido crítico de esta extensión de la regla de titularidad es Eduardo Aldunate. Este autor atiende a la utilidad de esta ampliación y sus efectos prácticos. Así, la titularidad de derechos para los entes 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 el mismo caso, podría obtenerse a partir de la protección iusfundamental a los individuos que componen dicho colectivo»⁸⁸. Sostiene que, salvo en los casos explícitos de atribución

84 Nogueira (2003), p. 100.

85 Su texto del año 2006 no explicita el caso de las personas morales y se refiere sólo a las de las personas jurídicas. Nogueira (2006), p. 262-263.

86 Cea (2012), p. 50.

87 Núñez (2001), p. 202.

88 Ibid., p. 153.

constitucional de titularidad a los entes morales, el problema resulta «críptico» para otras hipótesis⁸⁹. Así, pone el ejemplo del derecho de propiedad. Tal derecho sólo podría adscribirse en base a la copropiedad o atribuido directamente a un individuo determinado.

La perspectiva consecuencialista que aporta Aldunate es razonable: los efectos o consecuencias jurídicas de la titularidad de derechos por parte de entes morales es relevante para determinar la eficacia de la tutela de derechos. Sin embargo, desde el punto de vista conceptual, un ordenamiento jurídico puede atribuir derechos a las personas morales, cuestión que es independiente de la forma de ejercitar tales derechos o garantizarlos judicialmente. En algunos casos, requerirá de la actividad de uno de los individuos que componen al ente moral –por ejemplo, la madre de una familia o el pastor de una confesión religiosa–, especialmente, en el caso de activar una garantía jurisdiccional, como el recurso de protección. Pero, nuevamente, una cosa es la atribución del derecho a un ente moral –es decir, su titularidad– y otra es el ejercicio del derecho o la legitimación activa para gatillar la protección jurisdiccional del derecho.

3.2.5. EXTRANJEROS

La regla general de titularidad del artículo 19 es amplia y no distingue entre chilenos y extranjeros. Así, se estima que la titularidad de derechos fundamentales se asegura sin distinción de nacionalidad⁹⁰. Cea, por ejemplo, afirma que dentro de las limitaciones a la titularidad se encuentra la obligatoriedad del régimen constitucional, en tanto el artículo 19 asegura derechos sólo a las personas «sometidas al ordenamiento jurídico chileno, *sean éstas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras* [...]»⁹¹. El criterio de limitación para este autor, en consecuencia, no pasa por la nacionalidad, sino que por la aplicación territorial de normas constitucionales. El Tribunal Constitucional ha determinado que el territorio se trata de un «límite natural» de la Constitución, toda vez que «se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional y no tienen una concepción extraterritorial»⁹².

⁸⁹ Aldunate (2008), P. 154.

⁹⁰ Molina (2008), p. 194; Cea (2012), p. 51; Aldunate (2008), p. 152.

⁹¹ Cea (2012), p. 51.

⁹² STC Rol N° 2273-12, cons. 29°.

Sin embargo, parte de la literatura efectúa una distinción entre estas categorías de sujetos, en lo referido a la titularidad de derechos fundamentales y, especialmente, respecto de derechos políticos. Nogueira sostiene que la gran mayoría de los derechos de la Constitución son de titularidad de todas las personas –y cita como ejemplo el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia o la libertad personal, entre otros– mientras que otros derechos «se aseguran sólo a los chilenos (libertad de asociación política, igualdad ante los cargos públicos, derecho a optar a cargos públicos de elección popular, etcétera)»⁹³. Para Zúñiga, hay que distinguir entre tres tipos de derechos: civiles, políticos y sociales⁹⁴. Respecto de los derechos civiles, los extranjeros serían titulares y gozan de éstos de forma igualitaria respecto de los nacionales. En materia de derechos políticos, los extranjeros estarían excluidos por regla general, salvo en el caso del derecho de sufragio. Finalmente, los derechos sociales no constituirían un «estatus», sino que serían parte de una «necesidad colectiva que derechos prestacionales cubren y que hacen de estos derechos, derechos colectivos *status positivus sociales*, recogiendo una reformulación de la vieja doctrina de Jellinek acerca de derechos subjetivos públicos»⁹⁵.

No hay una disposición constitucional expresa referida a los extranjeros en materia de titularidad de derechos. Algunos preceptos regulan aspectos particulares de los derechos en el caso de extranjeros. El artículo 14 regula el derecho de sufragio activo y pasivo de esta categoría de sujetos. Dicho precepto otorga el derecho de sufragio activo a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, que hayan cumplido 18 años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. Además, el mismo artículo regula el sufragio pasivo de aquellos extranjeros nacionalizados bajo la regla del artículo 10 N° 3 –carta de nacionalización–, quienes podrán optar a cargos de elección popular tras cinco años de estar en posesión de la carta. A pesar de esta regla constitucional, en materia de plebiscitos comunales se excluyen los extranjeros con derecho a sufragio (arts. 99 a 101 de la ley orgánica constitucional de municipalidades), cuestión que ha sido criticada por carecer de justificación⁹⁶. Por otro lado, se encuentra la regla de prohibición de financiamiento de los partidos políticos con

93 Nogueira (2003), p. 99.

94 Zúñiga Urbina (1998), pp. 306-307.

95 Ibid., p. 307.

96 Bronfman, Martínez y Núñez (2012), p. 78.

recursos de origen extranjero (art. 19 N° 15, inc. 5°), la prohibición de dominio de minas respecto de extranjeros –aun cuando no aplica para la titularidad de concesiones– (art. 19 N° 24, inc. 6°) y la habilitación al legislador para diferenciar justificadamente por nacionalidad en materia laboral (art. 19 N° 16, inc. 3°).

La jurisprudencia ha desarrollado los estándares iusfundamentales aplicables a la titularidad de derechos de los extranjeros y, en particular, a los migrantes. En el ámbito interamericano, por ejemplo, se admite que los extranjeros son titulares de los derechos de la Convención Americana, como el derecho a la libertad personal⁹⁷. No sólo ello: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado que cierto grupo de extranjeros –los migrantes indocumentados o en situación irregular– constituyen un «grupo en situación de vulnerabilidad» y que los Estados «deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce [...] sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa»⁹⁸. Esta obligación se aplica, especialmente, en el ámbito de control fronterizo y migratorio, en donde los Estados deben respetar las garantías del debido proceso y adecuar su trato conforme a la dignidad humana⁹⁹.

En una línea similar, el Tribunal Constitucional ha fallado que, dentro de los límites a la discreción del Estado en materia de migración, debe regir el «principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo los casos expresos en los cuales los derechos tienen por titular a los ciudadanos o a los extranjeros»¹⁰⁰. En materia específica de titularidad, el Tribunal estimó que la regla de «titularidad genérica» del artículo 19 impide discriminar en contra de extranjeros¹⁰¹. La configuración constitucional de dicha regla supuso una «ampliación expresa de la

⁹⁷ Casal (2014), pp. 185-186.

⁹⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Lóor vs. Panamá, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 218, de 23 de noviembre de 2003, párr. 100°.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Ser. A, N°. 18, 17 de septiembre de 2003, párr. 119°; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Lóor vs. Panamá, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 218, de 23 de noviembre de 2003.

¹⁰⁰ STC Rol N° 2273-12, cons. 13°, citando los artículos 2, 13 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁰¹ STC Rol N° 2273-12, cons. 28°. En el c. 18° revisa la regla de «titularidad amplia y sin distinciones» que se aplicó con anterioridad a la Constitución de 1980.

titularidad [...] a la realidad de los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras»¹⁰². Para el Tribunal, la Constitución «no sólo no discrimina contra los extranjeros sino que les reconoce tal título de derechos plenamente»¹⁰³. Tal conclusión sería ordenada por el principio de igualdad¹⁰⁴ y, por lo tanto, en materia de libertad de locomoción «no realiza distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional»¹⁰⁵.

El reconocimiento de igual titularidad de derechos que efectúa el Tribunal Constitucional viene a ratificar el consenso doctrinal sobre la materia. Sin embargo, genera consecuencias normativas relevantes, por ejemplo, para la legislación migratoria. Por ejemplo, Vial sostiene que si se reconoce un igual derecho de entrada al país a los extranjeros, las prohibiciones de ingreso al país o las facultades de expulsión del país serían inconstitucionales, a falta de una autorización constitucional expresa de tales medidas¹⁰⁶. A juicio de este autor, la sentencia citada «arroja un manto de duda sobre buena parte de [la] legislación [migratoria] y, con ello, sobre la posibilidad misma de que exista una política migratoria, pues esta, casi por definición, se basa en que los extranjeros no tienen derecho a ingresar a un país y en que, por consiguiente, los Estados pueden calificar a quien dejan entrar o no»¹⁰⁷. Zúñiga afirma —en un artículo publicado antes de esta sentencia— que el Derecho Internacional reconoce un «derecho de expulsión» a los Estados, cuyo límite estaría dado por el «principio de interdicción de la arbitrariedad»¹⁰⁸. Los alcances del reconocimiento igualitario a los extranjeros de los derechos establecidos en la Constitución, representan un desafío para una legislación migratoria que establece una serie de prohibiciones y restricciones a la libertad de circulación y residencia. Sería conveniente contar con una regla constitucional expresa que autorice al Estado a efectuar tales prohibiciones o restricciones. De lo contrario, es razonable plantear dudas sobre la constitucionalidad de tales medidas.

¹⁰² STC Rol N° 2273-12, cons. 29°.

¹⁰³ STC Rol N° 2273-12, cons. 29°.

¹⁰⁴ STC Rol N° 2273-12, cons. 30° a 34°. En el mismo sentido, Aldunate (2008), p. 152.

¹⁰⁵ STC Rol N° 2273-12, cons. 35°.

¹⁰⁶ Vial (2014), pp. 242 y siguientes.

¹⁰⁷ Ibid., pp. 244-245.

¹⁰⁸ Zúñiga Urbina (1998), p. 307.

3.2.6. EL QUE ESTÁ POR NACER

Finalmente, debe explicarse una categoría especial en el caso del derecho constitucional chileno: el que está por nacer o *nasciturus*. Como se explica a continuación, el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido la personalidad del *nasciturus* y le ha atribuido la titularidad de derechos fundamentales¹⁰⁹.

En virtud de lo que ya hemos señalado, la regla general de titularidad del artículo 19, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1, dispone que las personas naturales constituyen el titular por excelencia de los derechos fundamentales. El primer precepto atribuye derechos *a todas las personas*, el segundo dispone que las personas *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos. La Constitución establece una regla especial respecto del *nasciturus*. El artículo 19 N° 1, inciso 2° establece que «[l]a ley protege la vida del que está por nacer». En consecuencia, el diseño de las normas constitucionales es coherente con el resto del ordenamiento jurídico, en materia de conferir derechos a las personas, esto es, individuos que han nacido. El derecho a la vida y el resto de los derechos se asegura a las personas naturales, es decir, y conforme a las reglas del Código Civil, «[l]a existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre» (art. 74 del Código Civil). En el caso del *nasciturus*, la Constitución no le reconoce la aptitud para ser titular de derechos pero configura un mandato especial de protección a cargo del legislador.

La discusión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución explicaría esta arquitectura constitucional de negación de titularidad de derechos al *nasciturus*. En términos resumidos, en dicha Comisión, Jaime Guzmán propuso establecer una expresa prohibición absoluta del aborto y consagrar el derecho a la vida desde la concepción¹¹⁰. Esta propuesta fue rechazada por la mayoría de la Comisión que, por razones de pluralismo ideológico, descartó imponer una punición absoluta del aborto y optó por dejar un margen de acción al legislador para adoptar una decisión sobre despenalización del aborto en ciertos casos¹¹¹.

¹⁰⁹ STC Rol N° 740-07.

¹¹⁰ CENC, S. 87ª, 90ª y 407ª.

¹¹¹ Un buen resumen del debate en el seno de la Comisión se encuentra en Bascuñán Rodríguez (2004), pp. 54-59.

La dogmática constitucional siguió debatiendo el asunto¹¹² y los tribunales se pronunciaron a propósito de la litigación de distintos casos en contra de la distribución de un fármaco de contracepción de emergencia, conocido como *Píldora del Día Después*¹¹³. Un grupo de parlamentarios de derecha requirió en contra del Decreto Supremo que estableció normas sobre regulación de la fertilidad ante el Tribunal Constitucional. Dicha magistratura acogió el requerimiento y declaró inconstitucional el decreto. Su razonamiento estableció tres puntos centrales para interpretar las reglas constitucionales de titularidad y del derecho a la vida. Primero, que el *nasciturus* es persona, para efectos constitucionales¹¹⁴. Segundo, que el *nasciturus*, al ser persona, es titular del derecho fundamental a la vida, establecido en el artículo 19 N° 1 de la Constitución¹¹⁵. Si bien el Tribunal no dio por acreditado que el fármaco de contracepción de emergencia afectase la vida del que está por nacer, estimó que, al existir una duda razonable respecto a tal hecho –y en virtud de la aplicación del principio *pro homine*–, debía prohibirse la distribución de la píldora¹¹⁶.

El Tribunal Constitucional aportó diversas razones para sostener que el *nasciturus* era persona y, en consecuencia, titular del derecho a la vida. El fallo argumenta, entre otras cosas: i) que la Constitución caracteriza a la persona desde una visión «humanista»; ii) que el derecho a la vida posee una dimensión objetiva de protección; iii) que la mayoría de la doctrina favorecía la protección constitucional de la persona desde la concepción; iv) que la protección desde la concepción se justifica por la identidad genética única del embrión y diferenciada de sus progenitores desde la concepción; v) que esta posición era seguida por algunos tribunales extranjeros; vii) que la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a proteger la vida «en general, desde la concepción»; y viii) que la vida posee un peso abstracto superior a otros derechos¹¹⁷. El Tribunal concluyó que «la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de

112 Un resumen de esa literatura se encuentra en Figueroa García-Huidobro (2007).

113 Corte Suprema, Rol N° 2186-2001, de 30 de agosto de 2001; Corte Suprema, Rol N° 23083, de 29 de enero de 2014 y STC Rol N° 591-06.

114 STC Rol N° 740-07, cons. 58°.

115 STC Rol N° 740-07, cons. 58°.

116 STC Rol N° 740-07, cons. 66° a 69°.

117 STC Rol N° 740-07, cons. 46°, 47°, 49° (con citas a Vivanco, Cea, Silva Bascuñán, Cumplido y Nogueira), 50°, 51° (citando fallos de la Corte Suprema de Costa Rica y de Argentina), 53° y 55°.

la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19»¹¹⁸.

Tras la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo, el legislador se abocó a reglar las normas sobre fertilidad. El resultado fue la Ley 20.418, que fijó las normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. El artículo 4, inciso segundo de dicha ley autorizó expresamente a los órganos de la Administración del Estado para poner a disposición de la población «[...] los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia [...]», entre los que estaría la denominada «píldora del día después».

La decisión del Tribunal Constitucional es problemática por distintos motivos y ha sido fuertemente criticada por parte de la doctrina¹¹⁹. En primer término, altera el diseño constitucional del mismo artículo 19 N° 1, que asegura a las personas el derecho a la vida, en su inciso primero, y que establece una obligación para el legislador de proteger la vida del que está por nacer, en su inciso segundo. Con la interpretación del Tribunal, el inciso segundo se convierte en un precepto inútil o, al menos, redundante. En segundo término, al atribuir personalidad y, por tanto, titularidad de derechos al *nasciturus*, se generan potenciales distorsiones en el ordenamiento jurídico nacional. Por ejemplo, si el *nasciturus* es persona y titular de derechos, entonces sería difícil justificar las distintas penas que se establecen para los atentados contra el que está por nacer –en los tipos penales de aborto– y quienes han nacido –en los tipos penales de homicidio–. Mientras que el tipo penal de aborto consentido por la mujer (art. 342 N° 3 del Código Penal) establece una pena de presidio menor en su grado medio, el homicidio simple (art. 391 N° 2° del Código Penal) establece una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Si nacidos y no nacidos son personas, entonces dicha diferencia podría ser considerada discriminatoria. Algo similar podría plantearse respecto de la atribución y protección de derechos patrimoniales del *nasciturus*. El Código Civil establece que para ser persona –y por lo tanto, titular de los derechos patrimoniales que dicha ley regula– se requiere haber sido separado completamente del vientre materno y haber sobrevivido a la separación un momento siquiera (art. 74 del Código Civil). El Tribunal ha interpretado que el que está por nacer «en el entendido que se trata de un ser existente

¹¹⁸ STC Rol N° 740-07, cons. 58.

¹¹⁹ Véase, por todos, Bordalí y Zúñiga (2009) y Figueroa (2010).

e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho» estaría cubierto por la atribución «a que alude el encabezado del artículo 19»¹²⁰. Si tal es la interpretación, es difícil justificar que la protección de derechos como el derecho de propiedad –del artículo 19 N° 24– puede estar sujeta al hecho del nacimiento, como se sigue del artículo 77 del Código Civil. Si el Tribunal Constitucional estima que el *nasciturus* es persona, y por lo tanto titular de derechos en base a la regla del artículo 19, diferenciar entre la protección del derecho de propiedad en razón del hecho del parto requiere ser justificado para evitar violar el mandato de igualdad ante la ley.

El problema de la titularidad de derechos respecto del *nasciturus* debe ser reevaluado a la luz del desarrollo de la jurisprudencia interamericana. En el caso conocido como *Fecundación in Vitro* (Artavia Murillo y otros v. Costa Rica), la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó autoritativamente el sentido y alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana, que establece el derecho a la vida¹²¹. Una de las principales conclusiones de ese fallo es que el embrión «no puede ser entendido como una persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana [...]»¹²². Para la Corte, el que está por nacer no tiene conciencia ni autonomía para poder ejercer los derechos establecidos en la Convención Americana. Tal como hemos afirmado en otra parte, fetos y embriones se encuentran imposibilitados de desempeñar un papel significativo en la vida jurídica y la comunidad política ha decidido que no son personas para efectos del derecho¹²³. Adicionalmente, la Corte Interamericana estimó que la protección de la vida prenatal «no es algo absoluto (del todo-o-nada) sino gradual e incremental» de acuerdo al desarrollo del *nasciturus*¹²⁴.

120 STC Rol N° 740-07, cons. 58.

121 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 257, de 28 de noviembre de 2012.

122 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 257, de 28 de noviembre de 2012, párr. 264 y también en párr. 222-223.

123 Chia y Contreras (2014), p. 578.

124 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C, N° 257, de 28 de noviembre de 2012, párr. 264.

Las principales conclusiones del caso *Fecundación in Vitro* plantean considerables dificultades para el derecho chileno¹²⁵. En primer término, porque uno de los fundamentos del Tribunal Constitucional para atribuir titularidad de derechos al *nasciturus* era el artículo 4.1 de la Convención Americana, pero, de acuerdo a la interpretación de la Corte IDH, el embrión y el feto no son personas ni titulares de los derechos establecidos en dicho tratado internacional. En segundo lugar, porque si la protección de la vida prenatal es gradual, entonces no puede prevalecer siempre y en todo caso frente a los derechos constitucionales de la mujer embarazada, conclusión que entraría en frontal contradicción con lo que resolvió el Tribunal Constitucional en la sentencia *Píldora del Día Después*. Se podría argumentar que aquí cabe aplicar el denominado principio *pro homine* o *pro personae*, que ordena aplicar el régimen protector de derechos existente más favorable para la persona, sea que se trate del orden nacional o internacional. En base a tal principio de interpretación, Chile debería seguir prefiriendo la tesis del Tribunal Constitucional porque sería más protectora de derechos que la interpretación de la Corte Interamericana. Tal tesis parece sólo trasladar el problema. En efecto, aun aceptando metodológicamente la aplicación de ese principio para resolver el problema, la pregunta que debe hacerse es respecto de qué *homine* o *personae* estamos hablando: si del *nasciturus*, como se sigue del Tribunal Constitucional, o de las mujeres y los discapacitados, como se sigue de *Fecundación in Vitro*. Mientras que respecto del primero existe un consenso regional en torno a desconocerle personalidad y titularidad de derechos –con Chile como una de las escasas excepciones al respecto–, respecto de los segundos, no hay ninguna duda de que son personas y titulares de los mismos.

4. Nuevos desafíos a la titularidad de los derechos fundamentales

4.1. Derechos de titularidad difusa

La evolución de los derechos fundamentales ha traído consigo el desarrollo de nuevos derechos cuya forma de titularidad no calza con la estructura individual clásica de sujeto de derechos. Estos derechos se aseguran con independencia de un titular individualizado o determinado y benefician a un grupo indeterminado de individuos. De ahí el apelativo de titularidad «difusa». El ejemplo más notable, en

125 Chia y Contreras (2014), pp. 580 y ss.; Ruiz Miguel y Zúñiga (2014). Cfr. la opinión crítica del fallo en Paúl (2013).

nuestra Constitución, es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, establecido en el artículo 19 N° 8. Este derecho, si bien se asegura respecto de «todas las personas» –por la regla general de titularidad del artículo 19–, protege a un colectivo indeterminado. En principio, protege indiferenciadamente a todos los sujetos actuales que puedan verse afectados en su goce al medio ambiente libre de contaminación.

Sin embargo, la cuestión de la titularidad, en este derecho, se puede leer de otra forma. El derecho presupone la existencia de titularidades concurrentes de diversa naturaleza. Por una parte, existe un reconocimiento de la titularidad individual a todos los que deseen reivindicar el estándar exigible de cumplimiento de una norma inferior de contaminación y que es conciliable con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En este caso, la titularidad es difusa porque no requiere la individualización de sujeto determinado para la atribución del derecho. Se trata, en términos estrictos, de un genuino bien público. Y, por otra parte, existe una titularidad colectiva difusa en el reconocimiento de las «futuras generaciones»¹²⁶. Esta es una identidad colectiva a cuyo nombre se puede realizar hoy limitaciones a otros derechos (art. 19 N° 8, inc. 2º), para que podamos seguir viviendo en un medio ambiente libre de contaminación y poder así legarlo a los que vienen. El derecho, en cierta forma, configura un auténtico bien público global, donde nadie es rival en su consumo y nadie puede ser excluido de los beneficios que conlleva su protección¹²⁷.

La estructura de titularidad difusa es independiente, conceptualmente, de las garantías que se establezcan para la protección del derecho, especialmente aquellas jurisdiccionales que podrán tener distintas reglas de legitimidad activa. Siguiendo con el ejemplo del derecho a

126 Es difícil justificar esta noción de titularidad difusa en el articulado de la Constitución, dado que la regla general de titularidad es la persona. El problema surge en justificar la atribución de titularidad a quienes no existen actualmente (en este caso, las futuras generaciones). La lógica del derecho individual y a través de su dispositivo de titularidad basado en la persona, no coincide bien con la estructura de bien público de este derecho. En ese sentido, si bien la primera noción de titularidad difusa –sujetos actuales indeterminados de un colectivo existente– sí puede reconducirse a las reglas vigentes, la segunda noción –futuras generaciones– no califica dentro de la regla de titularidad.

127 Evidentemente, esta descripción de la estructura de titularidad del derecho es independiente de su justificación moral o política. Así, mientras alguien podría rechazar la solidaridad transgeneracional, igualmente puede aceptar la titularidad difusa del derecho respecto de sujetos actuales no determinados.

vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la Constitución ha establecido expresamente la protección judicial al mismo, por la vía de la acción de protección (art. 20, inc. 2º). La regla de legitimidad activa de la acción de protección, tanto en este derecho como en los demás que asegura el inciso primero del citado artículo, permite que «[e]l que» se vea afectado en el ejercicio del derecho, «podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre» para recabar la protección del derecho ante los tribunales superiores de justicia¹²⁸. Ya hemos revisado que titularidad y legitimidad activa son dos conceptos distintos. Por ello, de la titularidad difusa no se sigue, necesariamente, una regla de legitimidad activa difusa. Dependerá de la configuración normativa de la garantía jurisdiccional cuál sea la determinación de los sujetos que pueden impetrar la acción. La Constitución podría optar entre distintos modelos procesales, desde acciones populares –en donde no se requiere acreditar ningún interés en la protección del derecho– hasta aquellas en donde sólo los afectados directos pueden recabar la protección judicial.

4.2. Derechos colectivos

A diferencia de los derechos de titularidad difusa, los derechos colectivos son aquellos que protegen indiferenciadamente a los miembros de un colectivo o grupo determinado. Es una forma de titularidad colectiva determinada, no difusa. El derecho es reconocido al grupo y protege a todos aquellos que son parte de él. En este sentido, los derechos colectivos se acercan más a la noción de entes morales.

El caso más relevante, para el ordenamiento jurídico chileno, es el de los pueblos indígenas. Los derechos colectivos de los indígenas no están reconocidos, como tales, en la Constitución. Un sector importante de la literatura apoya el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos¹²⁹, mientras que otros rechazan tal alternativa, favoreciendo la protección individual de los miembros de tales pueblos y privilegiando una lectura liberal sobre la estructura de los derechos¹³⁰.

¹²⁸ Sobre los alcances técnico-procesales del recurso de protección, véase el capítulo XII.

¹²⁹ Por ejemplo, en Henríquez (2005) y Aguilar et al. (2011). Sobre los derechos de los pueblos indígenas, véase, por todos, Contesse (2012).

¹³⁰ Sierra (2003).

En Chile, la protección de derechos colectivos de los pueblos indígenas está dada por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Este tratado configura un reconocimiento fundamental de las minorías étnicas, pueblos originarios o pueblos indígenas, según se defina el reconocimiento expreso. Ahora bien, respecto de quién es el titular al que se le atribuyen los derechos de los pueblos indígenas hay que precisar que el artículo 1.3 del Convenio indica que «la utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional». Esta precisión busca asegurar la protección al colectivo y evitar el potencial reconocimiento jurídico a ciertas reivindicaciones nacionalistas o secesionistas de grupos que puedan ser calificados como pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre el Convenio N° 169 señaló que esos derechos de carácter colectivo pueden ser ejercidos por la colectividad o por las personas u organizaciones que la integran, en particular el derecho a la consulta. Finalmente, sostuvo que «la consulta a los pueblos interesados que dispone el n° 1 del artículo 6° del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución»¹³¹.

4.3. Derechos de animales no humanos

Uno de los dilemas más desafiantes a la teoría general de la titularidad de los derechos fundamentales radica en el cuestionamiento de su antropocentrismo y la idea de dominación de la naturaleza por parte de los seres humanos. En efecto, la teoría de los derechos fundamentales se ha construido a partir de una visión antropocéntrica de la vida donde sólo se reconoce este tipo de derechos a una determinada categoría de sujetos que responden a propiedades de racionalidad.

131 STC Rol N° 1050-08, cons. 13°.

En ese entendido, sólo los seres humanos han sido merecedores de la protección constitucional a través del dispositivo jurídico conocido como «derechos fundamentales». Esto es coherente con entender que el fundamento de los derechos fundamentales reside en el reconocimiento recíproco de la «dignidad humana»¹³².

La crítica al paradigma antropocéntrico del derecho alcanza al concepto de titularidad de derechos fundamentales¹³³. Esta discusión puede ser seguida a propósito del reconocimiento de derechos a los animales no humanos. La crítica rechaza el estatus de propiedad que actualmente se aplica a los animales no humanos¹³⁴ y que corresponde a la regulación vigente en el derecho civil chileno¹³⁵. En esta línea, para algunos, el ordenamiento jurídico debería otorgar personalidad a los animales, a efectos de reconocerles derechos¹³⁶. Uno de los principales defensores de la liberación animal es Peter Singer¹³⁷. Su ética utilitarista tiene aplicaciones prácticas en el ámbito de la actual diferenciación entre animales humanos y no humanos. Singer acusa la diferenciación respecto de los animales como una especie de racismo que denomina «especismo» o favorecedores arbitrarios de nuestra especie. Para este autor, no existirían razones, principios morales ni límites que justifiquen la diferencia entre ambos tipos de animales. En base a su ética, que los animales no sean parte de nuestra especie no nos da el derecho a explotarlos como tampoco lo hacemos con otros hombres (fin de la esclavitud) ni con personas de menor capacidad. Si un ser sufre, no puede existir ninguna justificación moral para no tener en cuenta ese sufrimiento. La sensibilidad, como criterio, es el único

132 Sobre posiciones tradicionales que fundamentan los derechos fundamentales en base a la dignidad humana, revítese las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución donde se afirmó, expresamente, que «los derechos que emanan de esa dignidad [humana] son, precisamente, todos los que se consagran en el texto constitucional, de manera que es innecesario mencionarlos en el encabezamiento del precepto. El fundamento de todos los derechos que se establecerán arranca de que los hombres nacen libres e iguales en su dignidad» (CENC, 1974, Sesión nº 92, énfasis añadido). Para una versión contemporánea, véase Cea (2008), pp. 169-171.

133 Sobre la crítica al paradigma antropocéntrico, véase Gray (2002), pp. 110-116.

134 Francione (2004).

135 En efecto, el artículo 567 del Código Civil chileno menciona expresamente a los animales como cosa corporal mueble.

136 Francione (2004), pp. 130-131. Cfr. la crítica de Epstein (2004).

137 Singer, 2002 [1990]; Singer, (2006).

límite defendible para la preocupación por los intereses de los demás. Toda otra distinción sería arbitraria: en el sufrimiento todos somos iguales y debemos evitarles el sufrimiento a los animales no humanos y reconocerles ese derecho esencial¹³⁸.

Estas ideas han permeado en algunos ordenamientos jurídicos y se puede destacar la positivización que se ha experimentado en ciertos Estados latinoamericanos. Dos experiencias son particularmente ilustrativas: Ecuador y Bolivia. La Constitución ecuatoriana del 2008 contempla un capítulo que se titula «Derechos de la naturaleza». Su artículo 71 establece expresamente que «la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». El mismo texto constitucional establece el derecho de la naturaleza a la restauración y se fija un mandato al Estado para adoptar medidas de precaución y restringir «actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales» (arts. 72 y 73 de la Constitución de Ecuador)¹³⁹. En el caso de la Constitución boliviana, se establece el derecho al medio ambiente como un derecho de carácter social y económico, en el que «[e]l ejercicio del derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, *además de otros seres vivos*, desarrollarse de manera normal y permanente» (art. 33 de la Constitución de Bolivia). En materia de legitimación activa, el texto boliviano habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin el requisito de que se trate de un afectado o que posea un interés en la acción (art. 135 y 136 de la Constitución de Bolivia). Para algunos, esta regulación procesal sería la consecuencia inevitable del reconocimiento de personería a la propia naturaleza, conforme a la invocación de la Pachamama entendida en su dimensión cultural de madre tierra¹⁴⁰.

138 Singer, 2002 [1990], pp. 1-23.

139 Nótese que la Constitución ecuatoriana, en materia de «Derechos», tiene una regla de titularidad que no incluye a la naturaleza, similar a la del sistema chileno: el art. 10 dispone «[l]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales». A su vez, el art. 41 del Código Civil ecuatoriano define a las personas como «todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros». Los derechos de la naturaleza, bajo esta división, podrían ser considerados categorialmente distintos a los derechos fundamentales protegidos respecto de las personas.

140 Zaffaroni (2011).

La regulación constitucional boliviana, además, tiene desarrollo legislativo. En la Ley de Derechos de la Madre Tierra¹⁴¹, se reconocen los derechos de la «Madre Tierra» y se establecen «las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de esos derechos»¹⁴². Para la legislación boliviana, la Madre tierra es considerada un sujeto colectivo de interés público y se define como «el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común»¹⁴³.

Recientemente ha comenzado a surgir también un nuevo debate en torno a si cierto tipo de animales pueden ser titulares de derechos. Ya en el año 2013, India reconoce que los delfines deben ser vistos como personas no humanas y, como tales, deben tener sus propios derechos específicos, fundamentando esto en los altos niveles de inteligencia y sensibilidad comparado a otros animales en una circular expedida por el Ministerio del Medio Ambiente y Bosques, titulada *Políticas en el Establecimiento de Delfinarios* (F. N° 20-1/2010-CZA(M): 2013). En el 2014, la Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires reconoció a un orangután como «sujeto no humano» titular de derechos, a efectos de conceder una acción de *habeas corpus*. La acción fue interpuesta por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y ordenó poner término al cautiverio del orangután en el zoológico de Buenos Aires. El fallo plantea que «a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derecho, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derecho, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente» (CCC 68831/2014/CFC1 2014).

Estos desarrollos no tienen asidero normativo en el derecho chileno. Tanto la dogmática como la jurisprudencia consideran que la regla de titularidad atribuye derechos a las personas y que su fundamento es la protección de la dignidad humana. Los animales no humanos y las especies vegetales, bajo tales conceptos, no pueden ser considerados titulares de derechos fundamentales. Ello no obsta, sin embargo, a que el ordenamiento jurídico disponga reglas de tutela para estas especies, en tanto objetos de protección. La superación del paradigma antropocéntrico,

¹⁴¹ Ley N° 071, De Derechos de la Madre Tierra, Dic. 21, 2010 (Bolivia).

¹⁴² Artículo 1, Ley N° 071 (Bolivia).

¹⁴³ Artículo 2, Ley N° 071 (Bolivia).

a nivel constitucional, requiere de modificaciones normativas y de una nueva fundamentación de la titularidad de derechos fundamentales. Mientras ello no ocurra, seguirá existiendo una distinción jurídicamente relevante para la atribución de derechos fundamentales, separando a los animales humanos del resto de las especies.

5. Conclusión

El problema de los derechos fundamentales de los animales no humanos retoma el debate por los fundamentos de la titularidad de derechos. Al iniciar este capítulo, se expuso la dogmática extendida que atribuye derechos, normativamente, en base a la dignidad humana, esto es, una propiedad que se predica de ciertos animales. Por ello, las dificultades contemporáneas nos devuelven a la cuestión de la determinación sobre quiénes tienen derechos fundamentales.

El capítulo aborda el problema anotado desde el punto de vista conceptual y dogmático. La decisión de atribución de titularidad de derechos se efectúa a través de normas iusfundamentales. Esta categoría debe ser distinguida de la capacidad de goce y de ejercicio de derechos, así como de la legitimidad activa para ejercer garantías. En el ámbito dogmático, la titularidad se desarrolla a partir de la regla general del artículo 19 de la Constitución. La aplicación jurisprudencial de este precepto ha tenido que enfrentar dilemas centrales en materia de titularidad, en los que se encuentran la titularidad de las personas jurídicas, de los entes morales, de los extranjeros y del que está por nacer. Como se trata de una de las categorías nucleares de la teoría general de los derechos fundamentales, actualmente se ve tensionada por desafíos de protección de nuevos intereses. Hemos identificado tres de ellos: derechos de titularidad difusa, derechos colectivos y los derechos de los animales no humanos. Todavía quedan cuestiones por desarrollar en este campo. Este capítulo es una simple introducción para ello.

Bibliografía citada

- AGUILAR, GONZALO; SANDRA LAFOSSE; HUGO ROJAS y REBECCA STEWARD, 2001: *Justicia Constitucional y Modelos de Reconocimiento Indígena*. México: Porrúa.
- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- _____. (2003): «La Titularidad de los Derechos Fundamentales», en *Estudios Constitucionales*, Vol. 1, Nº 1.

- ATRIA, FERNANDO, 2014: *Derechos Sociales y Educación: Un Nuevo Paradigma de lo Público*. Santiago, Chile: LOM ediciones.
- BASTIDA, FRANCISCO; IGNACIO VILAVERDE; PALOMA REQUEJO; MIGUEL ÁNGEL PRESNO; BENITO ALÁEZ y IGNACIO FERNÁNDEZ, 2004: *Teoría General de Los Derechos Fundamentales En La Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- BASCUÑÁN, ANTONIO, 2004: «La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia», en *Estudios Públicos*, Vol. 95.
- BORDALÍ, ANDRÉS y YANIRA ZÚÑIGA, 2009: «Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la Píldora del Día Después», en *Anuario de Derechos Humanos 2009*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
- BRONFMAN, ALAN; JOSÉ MARTÍNEZ y MANUEL NÚÑEZ, 2012: *Constitución Política Comentada: Parte Dogmática*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- CASAL, JESÚS MARÍA, 2014: «Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal», en Christian Steiner & Patricia Uribe (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Santiago: Konrad Adenauer Stiftung.
- CEA, JOSÉ LUIS, 2008: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, 2da. ed. Santiago, Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- (2012), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2da ed. Santiago, Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CHIA, EDUARDO y PABLO CONTRERAS, 2014: «Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, Nº 1.
- CHUECA, RICARDO, 2015: «La Marginalidad Jurídica de la Dignidad Humana», en Chueca, Ricardo (ed.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CONTESSE, JORGE (ed.), 2012: *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y Obstáculos para su Implementación*. Santiago, Chile: Ediciones UDP.
- EPSTEIN, RICHARD A., 2004: «Animals as Objects, or Subjects, of Rights», en Sunstein, Cass R. y Nussbaum, Martha (eds.), *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, 1999: *Los Derechos Constitucionales*, 3ra ed., Vol. I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y CARLOS PELAYO MÖLLER, 2014: «Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos», en Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. Santiago, Chile: Tribunal Constitucional, Konrad Adenauer.

- FIGUEROA, RODOLFO, 2007: «Concepto de Persona, Titularidad Del Derecho a la Vida y Aborto». *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, Nº 2.
- _____. (2010), «Comentario relativo a la Sentencia del Tribunal Constitucional referida a la Píldora del Día Después del año 2008», en *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago: Ediciones UDP.
- _____. (2014), *Privacidad*. Santiago, Chile: Ediciones UDP.
- FRANCIONE, GARY L., 2004: «Animals-Property or Persons?» en Cass R. Sunstein y Nussbaum, Martha (eds.), *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- GARCÍA, GONZALO Y PABLO CONTRERAS, 2014: *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago, Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional Nº 55.
- GARCÍA, GONZALO, 2005: *Teoría Constitucional sobre los Límites al Ejercicio de los Derechos Fundamentales*. Getafe, España, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.
- GRAY, JOHN, 2002: *Straw Dogs. Thoughts on Humans and Other Animals*. London: Granta Books.
- GROSS ESPIELL, HÉCTOR, 1991: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HENRÍQUEZ, MIRIAM, 2005: «Los Pueblos Indígenas y Su Reconocimiento Constitucional Pendiente», en Francisco Zúñiga Urbina (ed.), *Reforma Constitucional*. Santiago, Chile: Lexis Nexis.
- IRURETA, PEDRO, 2006: *Constitución y Orden Público Laboral. Un Análisis Del Art. 19 No. 16 de la Constitución Chilena*. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado, Colección de Investigaciones Jurídicas Nº 9.
- JELLINEK, GEORG, 2000: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Traducción de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- LAPORTA, FRANCISCO, 1987: «Sobre el Concepto de Derechos Humanos», en *Doxa*, Nº 4.
- MARSHALL, T.S., 1950: *Citizenship and Social Class*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MEDINA, CECILIA, 2005: «Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Índole de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto», en *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2005.
- MOLINA GUAITA, HERNÁN, 2008: *Derecho Constitucional*, 8va ed. Santiago: Chile, Lexis Nexis.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, 1984: *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós.

- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2003: *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: UNAM.
- _____. (2006): *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*. Santiago, Chile: Librotecnia.
- NÚÑEZ, MANUEL, 2001: «Titularidad y Sujetos Pasivos de Derechos Fundamentales», en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, N° 1.
- NÚÑEZ MARÍN, RAÚL, 2010: «La Persona Jurídica como sujeto de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en *Perspectivas Internacionales*, Cali, Vol. 6, N° 1.
- PAÚL, ÁLVARO, 2013: «La Corte Interamericana In Vitro: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia», en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2.
- PECES-BARBA, GREGORIO, 1995: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III-BOE.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, 1990: *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate.
- RUÍZ MIGUEL, ALFONSO y ALEJANDRA ZÚÑIGA, 2014: «Derecho a la Vida y Constitución: Consecuencias de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”», en *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, N° 1.
- QUINZIO FUGUEREIDO, JORGE, 2004: *Tratado de Derecho Constitucional*, Vol. II. Santiago, Chile: Lexis Nexis.
- SCHWABE, JÜRGEN, 2009: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. México, DF: Konrad Adenauer Stiftung.
- SIERRA, LUCAS, 2003: «La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento Individual y no Colectivo», en *Estudios Públicos*, Vol. 92.
- SINGER, PETER, 2002: *Animal Liberation*. New York: Harper Collins Publishers.
- _____. (1988): *Ética Práctica*, Traducción de Marta Gustavino, 2da ed. Barcelona: Ariel.
- _____. (2006): *In Defense of Animals*. Oxford: Blackwell Publishing.
- SOTO KLOSS, EDUARDO, 2010: *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago, Chile: AbeledoPerrot, Legal Publishing.
- _____. (1982): *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- UNITED NATIONS, 2008: «Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies», disponible [en línea]: <www.ohchr.org%2FDocuments%2FHRBodies%2FTFB%2FHRI-GEN-1-REV-9-VOL-I_en.doc&usg=AFQjCNGXO6owbxdxgXXFa3o4agDu1VTDDfA&sig2=PeVKmCKhyRTxzqNpG9NbRg> (última visita efectuada 28.12.2015).

- VALENZUELA, SAMUEL, 1985: *Democratización vía Reforma: La Expansión del Sufragio en Chile*. Buenos Aires: Ediciones del IDES.
- VERONESI, PAOLO, 2015: «La Dignidad Humana: Una Idea Aparentemente Clara», en Chueca, Ricardo (ed.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VERDUGO, MARIO, EMILIO PFEFFER y HUMBERTO NOGUEIRA, 2002: *Derecho Constitucional*. T. I., 2da ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VIAL, TOMÁS, 2014 «El Igual Derecho Constitucional de Ingreso al País de los Extranjeros: Comentario a la Sentencia Rol 2.273 del Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Público UDP2014*. Santiago, Chile: Ediciones UDP.
- VILLAVICENCIO, LUIS, 2009: «¿Derechos Básicos para quiénes?». *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Vol. 27.
- _____. (2008): «¿Derechos Humanos para quiénes? Reflexiones Sobre Algunas Cuestiones Embarazosas», en *Revista de Derecho* Universidad Austral de Chile, Vol. XXI, N° 2.
- ZAFFARONI, EUGENIO, 2011: *La Pachamama y lo Humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA, 2013: «De los Derechos Humanos al Derecho al Aborto» *Doxa*, Vol. 36.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, 1998: «El Estatuto Constitucional de los Extranjeros (Notas Acerca de Derechos Fundamentales y Expulsión de Extranjeros)», en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Año LXVI, N° 203.
- _____. (2013): «Personas Jurídicas y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. A Propósito del Principio Pro Homine o Favor Persona», en Nogueira Alcalá, Humberto (ed.), *Diálogo Judicial Multinivel y Principios Interpretativos Favor Persona y de Proporcionalidad*. Santiago, Chile: Librotecnia.

Capítulo V:

Destinatarios de los derechos fundamentales

Domingo Lovera*

1. Introducción

En su *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy sostiene que las normas de derecho fundamental comprenden un cúmulo de posiciones jurídicas (derechos a algo, libertades jurídicas y competencias) —«un haz de posiciones iusfundamentales»—¹. De acuerdo a la misma teoría, las normas de derecho fundamental establecen relaciones triádicas entre un titular del derecho, un objeto del derecho y el destinatario del derecho. Este capítulo aborda a estos últimos, a saber: las entidades sobre las que recae la obligación de hacer (obligaciones positivas) o no hacer (negativas) algo². Por lo mismo, cabe distinguir entre el titular de un derecho fundamental —o, en palabras de Alexy, su *portador*— y el destinatario: aquel cuya acción u omisión es el objeto del derecho³.

En términos generales, existe acuerdo con respecto al carácter del Estado en tanto destinatario de derechos fundamentales. En efecto, el

* Doctor en Derecho, York University (Canadá). Profesor asistente, Universidad Diego Portales. Agradezco la asistencia de investigación de Gabriel Brignardello, así como los comentarios de la editora y el editor de este trabajo.

- 1 Alexy (2002), p. 241. Sobre las posiciones jurídicas iusfundamentales, véase el Capítulo III.
- 2 Distinción que acá se realiza solo para efectos del análisis de la posición del sujeto pasivo de una relación de derechos fundamentales, pero que, en caso alguno supone asumir que las dichas relaciones puedan concebirse únicamente en términos de derechos y deberes (correlativos). Hohfeld (1913), pp. 28-30.
- 3 Alexy (2002), p. 187. Esta aclaración es necesaria en tanto es frecuente encontrar referencias que identifican al o la titular de derechos como destinatario del derecho o, lo que no es necesariamente lo mismo, que utilizan la expresión «destinatario» como sinónimo de titular. Así, por ejemplo, en Aparecio y Pisarello (2008), p. 140; Cea (1999), p. 111; y Peces-Barba (1979), p. 39.

artículo 6º, inciso 1º de la Constitución dispone que «[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella [...]». Sin embargo, la doctrina nacional ha ampliado la figura de destinatario de derechos fundamentales a otras entidades, incluyendo los particulares. Descansando en una interpretación del artículo 6º, inciso 2º de la Constitución, que establece que «[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de [los] órganos del Estado] como a toda persona, institución o grupo», parte importante de la doctrina nacional ha entendido que los derechos fundamentales poseen un ámbito de aplicación que relativiza el carácter del Estado como destinatario exclusivo de derechos fundamentales.

Este capítulo comienza (2) abordando las razones de contexto que explican la ampliación del concepto de destinatarios de derechos fundamentales. En términos generales, esto se debe a una determinada forma de concebir la Constitución y los derechos que ella reconoce. En la sección siguiente (3) se expondrán las principales aproximaciones que ofrece la doctrina nacional al respecto. No obstante es posible encontrar algunas excepciones, en general, como se ha anunciado, se trata de trabajos que asumen el valor normativo (jurídico y legal) de la Constitución, la aplicación directa de derechos fundamentales y que, junto a ello, exponen una teoría amplia con respecto a los destinatarios de derechos fundamentales. Estas miradas, además, han sido, al menos a nivel discursivo, por el Tribunal Constitucional. La última sección (4) se reserva para introducir algunos matices a la doctrina nacional más extendida.

2. Contexto constitucional

El contexto constitucional sobre el que debe analizarse a los destinatarios de derechos fundamentales es el del neoconstitucionalismo –al que se ha calificado de fenómeno⁴, práctica institucional del Estado constitucional tras la Segunda Guerra Mundial⁵, «teoría y/o ideología y/o [...] método de análisis del derecho»⁶, y parte de la tradición jurídica antiformalista⁷, entre otros. En términos generales, el neoconstitucionalismo, también

4 Carbonell (2010), p. 153.

5 Aldunate (2010), p. 80.

6 Comanducci (2002), p. 89.

7 Núñez (2015), p. 510.

denominado como la teoría de la «Constitución total»⁸, presenta una determinada concepción respecto a las constituciones, sus disposiciones y los arreglos institucionales encaminados a hacerlas efectivas.

Para el neoconstitucionalismo, las constituciones dejan de ser solo fuente de límite al poder para pasar a configurarse como verdaderos planes políticos y sociales. No en vano, prácticamente todo conflicto político, moral y legal que enfrentan las sociedades encuentra respuesta en, o está fuertemente influenciado por, la Constitución⁹. Como explica Gardbaum, «la Constitución [ahora] no solo es la ley suprema sino que es además la ley comprehensiva [...] ella especifica casi todos los resultados»¹⁰. Por lo mismo, las constituciones ya no solo establecen las estructuras del poder, sus relaciones y competencias, sino que, en especial, «contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos»¹¹. Su densidad normativa es alta y ello se debe, en parte importante, a los listados de derechos fundamentales que en ellas pueden apreciarse¹².

En segundo lugar, las disposiciones de la Constitución neoconstitucional, que se manifiestan en forma de valores, principios y normas jurídicas propiamente tales, poseen (o se las concibe con) valor normativo inmediato y directo, sin que exista la necesidad de que su aplicación sea mediada por la ley o cualquier otra instancia autoritativa¹³. En este modelo sustantivo del constitucionalismo, como expresa Carbonell, las disposiciones constitucionales «son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes»¹⁴. Esta aplicación directa de la constitución, que llama a su uso preferente «por sobre todas las

8 Gardbaum (2012), p. 172.

9 Ibid., p. 172, 174.

10 Ibid., p. 175.

11 Carbonell (2010), p. 154.

12 Aldunate (2010), p. 83. Esto se debe, sin duda, al papel central que las disposiciones de derechos fundamentales comenzaron a ocupar en las nuevas constituciones. Los listados de derechos, enseña Loughlin, pasaron a ser de principios constitucionales a ocupar el papel central de la significación constitucional, de modo que sin ellos no hay Constitución. Loughlin (2010), p. 350.

13 García de Enterría (1985), p. 61.

14 Carbonell (2010), pp. 154, 160.

demás fuentes del derecho y en todas las cortes»¹⁵, se realiza a costa de, o condicionando fuertemente la aplicación de, las normas de inferior jerarquía que dominan el asunto en disputa y los desarrollos doctrinarios disciplinarios que las han acompañado¹⁶.

Las constituciones, así, pasan a ser derecho y, dentro de la pirámide normativa, la ley superior o fundamental. Nótese que la fuerza que se asigna a las disposiciones constitucionales es de tal relevancia que, sin ellas, las constituciones son degradadas en la terminología del neoconstitucionalismo. Así, ahora que son derecho, dejan de ser «simples» programas políticos o de principios¹⁷. La constitución como norma jurídica implica que es capaz de diluir un poder que era desnudo y arbitrario—el de la política de los hombres— en uno legítimo y jurídico: el de las leyes¹⁸. Para Ferrajoli, dicho modelo deja de ser uno de «mera legalidad» (formal) para erigirse como uno de «estricta legalidad»; uno que impone una dimensión sustancial a la validez de las leyes¹⁹.

A esta forma de presentar la nueva, de serlo²⁰, ontología de las normas constitucionales, la acompaña un cierto tipo de arreglo institucional: el control judicial de legislación. Hasta cierto punto, que la tutela de la constitución sea conferida a un órgano de estructura (aunque sea pretendida) jurisdiccional, dependiente (como en Estados Unidos y Argentina) o independiente (como en Chile o España) del poder judicial, es una consecuencia y antecedente de concebir las disposiciones constitucionales como normas jurídicas. En el orden neoconstitucional la fuerza de la garantía jurisdiccional de la constitución posee tal relevancia que, sin ella, sencillamente no puede hablarse de supremacía constitucional —y, si acaso, de constitución—. Así, por ejemplo, se ha dicho que el control judicial de constitucionalidad va a

15 Fisch y Kay (1998), p. 437.

16 La distinción en Aldunate (2003), pp. 13-14.

17 Carbonell (2010), p. 160.

18 García de Enterría (1985), p. 49.

19 Ferrajoli (2002), p. 68. Se trata de una forma de constitucionalismo «fuerte o sustancial» que se distingue de uno «débil o formal». Ferrajoli (2005), p. 13. En sentido similar, Comanducci (2002), p. 91. Algo parecido manifestó Nino, aunque, según fluye de sus palabras, admitiendo (cuando no reclamando) una permeabilidad constitucional más allá de lo meramente judicial. Nino (1992), pp. 1-3.

20 Véase, Aldunate (2010) y Núñez Poblete (2010).

concretar o hacer efectivos el principio de supremacía constitucional²¹. O como han argumentado Alexander y Schauer, el control judicial de constitucionalidad es crucial para dotar a la constitución –como ocurre con «cualquier otra ley»– de autoridad y de capacidad para decidir las contiendas que, al amparo de sus vagos términos, se traban²².

Tan así es esto, que, como acertadamente afirma Bayón, en la actualidad casi no puede negarse el control jurisdiccional de la legislación, sin que ello suponga el rechazo a los derechos fundamentales y a la supremacía constitucional²³. Como insiste Hirschl, existe el convencimiento extendido –aunque no necesariamente justificado– que la existencia de cortes que se encargan de determinar el significado constitucional importa un mecanismo de salvaguarda formal (legal) en contra de los avatares de la política («generalmente caprichosa») y, por lo mismo, que mejor protegen los derechos fundamentales²⁴.

Si el apogeo constitucional de mediados del siglo XX suponía el comienzo de una nueva historia marcada por la «búsqueda de los *instrumentos institucionales* necesarios para la tutela y para la realización de [los] principios fundamentales»²⁵ que establecen las constituciones, el neoconstitucionalismo, por medio de la legalización de la constitución, comenzó a cerrar –de manera irreversible, pareciera– ese mismo período. En la sección que sigue se analiza la recepción del neoconstitucionalismo en la doctrina nacional para, a partir de allí, presentar la forma en que se han ido delineando las características de los destinatarios de derechos fundamentales en Chile.

3. Destinatarios de los derechos fundamentales en Chile

Si la Constitución es una norma jurídica susceptible de ser invocada directamente y sin necesidad de desarrollo legislativo ante los tribunales, ¿contra quién se dirige? ¿A quiénes obligan los derechos fundamentales que ella reconoce? La máxima fuerza normativa que la constitución despliega –dice Alexy– no deja espacios a la duda –ni, podría decirse, zona alguna al margen del halo constitucional²⁶–. Describiendo la ley

21 Nogueira (2003), p. 85.

22 Alexander y Schauer (1997), p. 1361.

23 Bayón (2005), pp. 211-213.

24 Hirschl (2004), p. 100.

25 Fioravanti (2007), p. 150.

26 Alexy (2005), p. 33.

fundamental alemana, afirma Alexy: «los derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial»²⁷. Pero no solo a los órganos de Estado, sino que, también, a los particulares. Para seguir con Alexy, los derechos fundamentales no solo despliegan su vigor en la relación del ciudadano con el Estado, sino también en el derecho civil, donde se trata la relación entre particulares²⁸.

Esta sección presenta (3.1) cómo la doctrina nacional ha conceptualizado a los destinatarios de derechos fundamentales, (3.2) el impacto que en dicha conceptualización ha tenido, particularmente, la acción de protección y (3.3) la comprensión que, al mismo respecto, ha esbozado el Tribunal Constitucional.

3.1. A toda persona, institución o grupo

Con algunas diferencias, la doctrina nacional afirma que los destinatarios de derechos fundamentales son tanto los órganos del Estado como los particulares. Varias de las fuentes que a continuación se revisan no lo señalan directamente, sino que por referencia a la supremacía constitucional y al valor vinculante de la Constitución en tanto norma jurídica fundamental a la que todas las personas e instituciones estatales se encuentran vinculadas²⁹. A esta comprensión, como se señaló al comienzo, contribuye la redacción del artículo 6°, incisos 1° y 2° de la Constitución: «Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo».

Según indica el profesor Alejandro Silva Bascuñán, el propósito declarado de redactar la cláusula en comento con dicha extensión, fue, precisamente, el de asegurar que «nadie escap[ara] a este mandato

27 Ibid., p. 33.

28 Ibid., p. 34. En sentido similar García de Enterría (1985), pp. 63-64, comentando lo que denomina el «valor normativo» la Constitución española: «la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste solo cumpliese desarrollar [...]».

29 Así, por ejemplo, Zapata afirma que la Constitución, «como cualquier otra norma jurídica», debe tutelarse frente a sus posibles infracciones de sus destinatarios; «sea agente estatal o persona privada». Zapata (2008), p. 294.

de obediencia a los preceptos de la Constitución»³⁰. Como se verá, parte importante de la doctrina nacional da cuenta que el propósito que anunciara el profesor Silva Bascuñán parece haber tenido éxito.

Tal como ocurre en otros trabajos, la idea de destinatarios aparece de la mano del principio de supremacía constitucional. Para que este principio no devenga en un puro constructo teórico, afirma Silva Bascuñán, es preciso que cuente con medios para «imponer su respeto»³¹. De esta suerte, si la Constitución pretende tener vigencia efectiva, resulta necesario que ella alcance a todas las personas –que «nadie escape a este mandato»³²–. Así, se expone en uno de los tomos de su *Tratado de Derecho Constitucional*, que, «[l]a vulneración de la supremacía constitucional puede [...] provenir de un cuerpo o persona revestidos de autoridad pública o de cualquiera de los integrantes de la sociedad política [...]»³³.

En este sentido, son destinatarios de derechos fundamentales, en primer lugar, los órganos del Estado. Sobre el Estado y sus órganos pesa la obligación de actuar constitucionalmente, según dispone el artículo 7º de la Constitución. Sobre dicho precepto el profesor Silva Bascuñán también construye el principio de supremacía. No resulta sorpresivo, por eso, que a la hora de evaluar la eficacia constitucional el énfasis se haya puesto en la producción legislativa del Estado, en la resolución de las contiendas que surjan a su amparo y en la ejecución de las resoluciones judiciales³⁴.

Ahora bien, el Estado de Derecho obliga por igual a gobernantes y gobernados. Citando las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, afirma que ello es lo que transforma dicho principio en uno impersonal y objetivo³⁵. Echando mano al artículo 6º, inciso

30 Silva Bascuñán (1997b), p. 134.

31 Ibid., p. 122.

32 Debe advertirse que el profesor Silva Bascuñán, sin negar el carácter jurídico de la Constitución, creía que, junto con garantías jurisdiccionales, había, además, herramientas políticas de control de la supremacía. Notablemente, afirma que se «cuenta... con el concurso de la opinión pública, siempre manifestándose en adhesión o crítica, uno de cuyos principales motivos de inspiración tendrá que ser el afán de cristalizar el contenido normativo e inspirativo de la ley fundamental». Menciona, además, el derecho de resistencia y la insurrección, como garantías «más enérgicas» de asegurar la supremacía constitucional. Silva Bascuñán (1997a), pp. 123-124.

33 Silva Bascuñán (1997a), p. 122.

34 Ibid., pp. 122-123.

35 Silva Bascuñán (1997b), p. 131.

2º, advierte que los preceptos constitucionales obligan a todos los integrantes de la comunidad, esto es, también a los particulares³⁶. Sin embargo, el profesor Silva Bascuñán parece, pese a lo que se ha dicho hasta acá, obtener conclusiones menos intensas que los demás autores que se revisarán en cuanto qué es lo que específicamente implica que los particulares sean destinatarios de derechos fundamentales. Así, al aclarar el alcance del artículo 6º, inciso 2º, califica esta vinculación del siguiente modo: La Ley Fundamental pretende que los integrantes de la comunidad asuman el compromiso de ajustar su conducta a sus mandatos e inspirar sus actos en el propósito de colaborar al cumplimiento de las finalidades del Estado³⁷.

¿Es posible que el profesor Silva Bascuñán sostuviera, en verdad, que el vínculo de los particulares a la Constitución fuera menos intenso que el de los órganos del Estado? Mal que mal, si la Constitución es una ley –no obstante la de superior jerarquía– ¿qué sentido tiene esperar que los individuos se comprometan a ajustar su conducta e inspirar sus actos a la Constitución? O la ley obliga, aun cuando puede no ser eficaz, o no, pero no se espera que las personas se inspiren o ajusten su conducta a ella, se espera (y para ello se recurre a diferentes mecanismos que obligan a) que así sea.

De todas formas, concluye afirmando, como lo señalara antes, que el afán de lograr que «nadie escape a este mandato de obediencia a los preceptos de la Constitución»³⁸ se expresa especialmente al advertirse la enunciación de los obligados por ella: los órganos del Estado, así como toda otra persona –a lo que adiciona el deber de toda persona de estudiar y conocer la Constitución³⁹.

José Luis Cea es otro de los primeros comentaristas de la Constitución de 1980. Autor que ha recibido con beneplácito las ideas y principios del neoconstitucionalismo⁴⁰, de antiguo afirmaba que esta Constitución no se limitaba solamente a establecer los lineamientos del poder político. Denotando la extensión del neoconstitucionalismo, Cea indicaba que

36 Ibid., p. 133.

37 Ibid., p. 133.

38 Ibid., p. 134.

39 Ibid., p. 135.

40 Afirmaba en Cea (1999), pp. 179-180, que la fuerza normativa de la Constitución es un principio universalmente aceptado, conforme al que procede «la aplicación, directa o inmediata, de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin necesidad que las disposiciones legales mediaten en esa ejecución [...]». Véase, también, Cea (2004), pp. 303-5.

esta Constitución fijaba, además de la estructura política del Estado, «las bases en que se fundará la convivencia pública y privada en los aspectos social, económico y político»⁴¹. Esto es lo que el autor denominaba «la Constitución plena» –con especial énfasis en la regulación de las bases constitucionales de la economía⁴².

En un contexto tal, no resulta difícil adivinar qué rol cabe a los derechos fundamentales y quiénes resultan vinculados por ellos. Los derechos vienen a dotar de contenido material al Estado formal de derecho⁴³. Los derechos, el núcleo sobre el que se construye la primacía constitucional, son superiores al Estado, «como asimismo a toda autoridad, asociación o individuo»⁴⁴. La supremacía constitucional importa, a su turno –afirma Cea mirando al mencionado artículo 6º, inciso 2º– que la Constitución y los derechos poseen una «imperatividad vigorosa», esto es, que sus preceptos, en tanto «Ley Suprema del Estado-Nación»⁴⁵, obligan de manera directa e inmediata al Estado y sus órganos. Pero supone, además –como dispone el precepto en comento–, que obligan también a toda persona, institución o grupo⁴⁶. A su imperio, por tanto, se debe someter toda decisión y producción normativa del Estado, así como «las conductas y actos jurídicos de los gobernados»⁴⁷. No se trata, advierte Cea, de una sujeción mediada por la producción normativa del Estado, sino que no requiere ser desarrollada por el legislador⁴⁸. En este entendido, gobernantes y gobernados se encuentran en un curioso pie de igualdad; ambos se encuentran obligados y vinculados por los preceptos de la Constitución⁴⁹.

41 Cea (1988), p. 39.

42 Ibid., pp. 3-19.

43 Ibid., p. 79.

44 Ibid., pp. 87-8.

45 Cea (2002), p. 239.

46 Cea (1999), pp. 87-88; Cea (2000), p. 128. Véase, también, Vivanco (2007), p. 393, afirmando que la supremacía constitucional importa «un límite a la acción tanto del Estado como de los particulares». Tal como Cea, afirma que la Constitución es suprema respecto de toda la producción normativa del Estado, así como «de los actos y de las conductas con relevancia jurídica que pueda realizar cualquier miembro del Estado, sea gobernado o gobernante».

47 Cea (2002), p. 239.

48 Ibid., pp. 240-244.

49 Ibid., p. 244.

Tan amplia y vigorosa es esa vinculación que, según expone Cea, tanto el Estado y sus órganos, como cualquier otro individuo o grupo, tienen el deber no sólo de no trasgredir los derechos, sino que, además, el deber «acuciantemente activo, constructivo o positivo»⁵⁰.

Otros autores descansan en el mismo precepto constitucional para afirmar una vinculación extensa a los derechos fundamentales. Tal es el caso de Miguel Ángel Fernández, que señala que el artículo 6º vino a dotar de fuerza normativa a la Constitución⁵¹. Tal como se indicara más arriba, la fuerza normativa de la Constitución es consecuencia lógica –«ineludible», afirma Fernández– del principio de supremacía constitucional⁵².

Este principio, se argumenta, trae de la mano la juridificación de las disposiciones constitucionales. La Constitución, ahora, se transforma en una norma jurídica que posee fuerza obligatoria y que, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1925⁵³, no requiere de habilitación legislativa⁵⁴. Se trata –expone– de un cuerpo legal que posee una «energía normativa propia»⁵⁵ o que, como indica otra autora, «obliga por sí misma»⁵⁶. Esto es particularmente cierto para el caso de los preceptos de la parte dogmática de la Constitución, los que, a diferencia de algunas disposiciones de la parte orgánica, «no requieren de mediación normativa alguna»⁵⁷.

¿Quiénes son los destinatarios de estas (nuevas) normas jurídicas? La fuerza normativa inmediata de la Constitución –nótese– «vincula [...] simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos»⁵⁸. La fuerza normativa de la Constitución, se insiste, trae de la mano la «obligatoriedad para todos –órganos estatales, personas, instituciones o grupos– en orden a respetar la preceptiva

50 Cea (1999), p. 88.

51 Fernández (2001), p. 77.

52 Ibid., p. 78.

53 «Ya no existen, en la Constitución de 1980, las denominadas disposiciones programáticas [...]». Fernández (2001), p. 79.

54 Fernández (2001), p. 78.

55 Ibid., p. 78.

56 Bulnes (1998), p. 137.

57 Fernández (2001), p. 79. También Bulnes (1998), pp. 139-140.

58 Fernández (2001), p. 78.

constitucional [...]»⁵⁹. Dicho respeto no sólo ordena la aplicación directa de la Constitución, sino que, además, dicha aplicación debe efectuarse «sin dilación»⁶⁰. En sentido idéntico se había manifestado antes Luz Bulnes: «la Constitución, no sólo obliga al legislador sino que igualmente al Presidente de la República y a los jueces [...] [t]odos los órganos del Estado, las personas y los grupos quedan vinculados directamente a la Ley Fundamental»⁶¹.

Humberto Nogueira se expresa en sentido similar –bajo el rótulo de «sujetos pasivos de los derechos fundamentales»⁶²–. En sus palabras, los derechos fundamentales no sólo operan como coto al poder del Estado, sino que abarcan más allá de éste a la sociedad toda. En sus palabras, los derechos «deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto»⁶³. No se trata, desde luego, de una declaración de buenas intenciones, sino que de una obligación que la propia Constitución dispone al establecer que tanto la dignidad de las personas como los derechos fundamentales forman parte de las «Bases de la institucionalidad» del Estado⁶⁴. De allí que, para Nogueira, la base sobre la que se construye la identidad de los destinatarios de derechos fundamentales sea la dignidad humana, que opera como fuente y fundamento de los derechos fundamentales (art. 5º inc. 2º)⁶⁵. De esta forma, «el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares [...]»⁶⁶.

Para que no queden dudas: los sujetos pasivos frente al respeto de los derechos son tanto el Estado y sus órganos, las personas jurídicas públicas y privadas, como asimismo los seres humanos o personas naturales⁶⁷. Los derechos fundamentales, entonces, poseen una

59 Ibid., p. 79.

60 Ibid., p. 79.

61 Bulnes (1998), p. 138.

62 Nogueira (2007), p. 49.

63 Nogueira (2003), p. 81.

64 Ibid., p. 81.

65 Nogueira (2007), p. 49.

66 Nogueira (2003), p. 74.

67 Nogueira (2007), p. 49.

eficacia general⁶⁸. Se trata de una vinculación que es inmediata⁶⁹, jurídica y consecuencia necesaria de la supremacía constitucional⁷⁰. «Independientemente de quien cometa una infracción a ellos,» es decir, sin importar si la amenaza, perturbación o privación de derechos tiene fuente en el Estado y sus órganos o en cualquier otra persona, institución o grupo, esa infracción es «siempre inconstitucional e ilegítima»⁷¹, una conducta «que se encuentra privada de legitimidad [...]»⁷². Es esta eficacia la que asegura la «plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico»⁷³ y que relaciones entre Estado y particulares sean éticamente similares a las relaciones entre particulares; en otros términos, la seguridad jurídica, según Nogueira, de que no se desarrollará una «doble ética»⁷⁴. Como los autores antes señalados, Nogueira también identifica la fuente de esta vinculación —que también denomina principio de sujeción⁷⁵— en el artículo 6º de la Constitución⁷⁶.

Un trabajo más acabado, esto es, que ya no se limita a identificar el efecto expansivo para la normatividad de la Constitución que tiene o tendría el artículo 6º, es el que ofrece Eduardo Aldunate. En el capítulo X de su trabajo sobre *Derechos Fundamentales*⁷⁷, se refiere a los «destinatarios de las normas iusfundamentales», mientras que reserva el capítulo XI del mismo trabajo para abordar a los «particulares como destinatarios de derechos fundamentales: el efecto horizontal».

En lo que respecta a los órganos del Estado en tanto destinatarios de derechos fundamentales, el profesor Aldunate señala que todos ellos se encuentran sujetos al «deber de respeto y promoción de los derechos humanos»⁷⁸. Ello, a partir de la lectura coordinada de los artículos 6º,

68 Nogueira (2003), p. 74.

69 Ibid., pp. 85-86. En otro lado habla de «preceptos directamente vinculantes». Nogueira (2003b), p. 409.

70 Nogueira (2003), pp. 83-84.

71 Ibid., p. 85.

72 Nogueira (2007), p. 49.

73 Nogueira (2003), p. 75.

74 Nogueira (2007), p. 53.

75 Nogueira (1994), p. 132.

76 Nogueira (2003), p. 75.

77 Aldunate (2008).

78 Sobre los deberes generales del Estado, véase el Capítulo XI.

incisos 1º y 2º, y 5º, inciso 2º⁷⁹. Para el tratamiento de los órganos del estado vinculados, Aldunate los divide en el Legislativo, Gobierno y Administración y el Órgano Jurisdiccional.

El Legislativo se encuentra vinculado a la Constitución en su función nomogenética (productora de normas)⁸⁰. La forma de concreción de esta vinculación se expresa en mecanismos de control de la actividad legislativa, en general, y en el recurso a los derechos fundamentales, en particular, como parámetro de dicho cotejo⁸¹. A dicho control, sin embargo, no se encuentran sometidos con igual intensidad todos los órganos con facultades de producir normativa vinculante⁸².

Desde luego que esta no es la única forma de control en la que cobran importancia los derechos fundamentales. A ello contribuyen las diferentes reservas legales, y la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales contenida en el artículo 19 número 26 de la Constitución, donde es la propia Constitución la que dispone el desarrollo de derechos fundamentales por medio de la ley⁸³. El legislador, así, por mandato de la Constitución, y amén del artículo 6º, aparece también expresamente identificado como destinatario de derechos fundamentales⁸⁴. Ahora bien, que la ley sirva para asegurar, cuando no permitir, el ejercicio de derechos no implica que ella misma viene a «petrificar[r], el contenido constitucional de la respectiva libertad, derecho o garantía»⁸⁵. De allí que, como se analiza en otro capítulo de

79 Aldunate (2008), p. 183.

80 Ibid., p. 183.

81 Ibid., p. 183.

82 El Banco Central, por ejemplo, afirma Aldunate, no ve sus acuerdos sujetos a control de constitucionalidad. No obstante, quedarían otras vías habilitadas para efectos del control, como, por ejemplo, el recurso de protección; esto implica necesariamente reducir «el universo de derechos reclamables, debilitando su fuerza normativa respecto de las antedichas potestades» y habilitando un control menos intenso. Aldunate (2008), p. 185.

83 Aldunate (2008), p. 185. Sobre la reserva de ley, véase el Capítulo VII; sobre el contenido esencial, véase el Capítulo IX.

84 Tómese por ejemplo el artículo 19, número 2, inc. 2º, que dispone expresamente que «ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias».

85 Aldunate (2008), p. 186. Véase, sin embargo, la postura defendida por Luis Alejandro Silva. Este, sin afirmar que la ley agote la extensión de los derechos fundamentales, ha sostenido—antes basado en la práctica del control que en la teoría—que ley y Constitución se complementan al momento de determinar el contenido de los derechos fundamentales, dando lugar a un proceso que califica como bidireccional. Silva (2014).

este libro, parte importante del control de constitucionalidad de las reservas se haya centrado en evaluar la intensidad de las regulaciones legales y administrativas necesarias para la ejecución de las leyes⁸⁶.

Gobierno y Administración también son sujetos destinatarios de derechos fundamentales⁸⁷. En efecto, el derecho administrativo se ha visto condicionado por los derechos fundamentales en diversos aspectos: estableciendo mecanismos de defensa de los particulares ante la administración, imponiendo mandatos de protección y, en algunos casos, prestacionales, abriendo espacios procedimentales a la intervención de los gobernados e impactando, finalmente, la estructura jurídico-organizativa del Estado⁸⁸.

Ahora bien, fuera de condicionar las relaciones entre particulares y administración, lo que enfatiza a los primeros como titulares de derechos fundamentales antes que a ésta como su destinataria, y advirtiendo que estas condicionantes las más de las veces impactan con mayor fuerza la actividad habilitante del legislador antes que el desempeño del gobierno⁸⁹, ¿qué obligaciones específicas tiene el administrador (un funcionario cualquiera de la administración) para con la Constitución? Cordero afirma que la Constitución impone deberes tanto negativos, de no violar los derechos fundamentales por ella reconocidos, pero también obligaciones positivas de promoverlos⁹⁰.

Hasta acá, la posición de la Administración no es muy distinta a la del legislador, máxime si se anota que sus actuaciones son también objeto de controles de constitucionalidad, tanto a nivel interno (en sede administrativa)⁹¹ como externo (judicial)⁹². ¿Pero puede el funcionario

86 Al respecto, véase el Capítulo VII.

87 Al igual que en el caso de la función nomogenética, las regulaciones administrativas evidencian que algunos órganos han quedado situados fuera de la Administración del Estado, siendo el Ministerio Público un ejemplo. Pues bien, afirma Aldunate, de ello no se sigue que sus funciones de gobierno y administración no puedan sujetarse a control de derechos fundamentales. Aldunate (2008), p. 189-90.

88 Cordero (2015), p. 104.

89 Véase Cordero (2015), p. 107, analizando los estándares desarrollados por el TC a efectos de legitimar (controlar la constitucionalidad) «las intervenciones de las autoridades estatales que tengan efectos ablatorios sobre derechos».

90 Cordero (2015), p. 132.

91 Ferrada (2004).

92 Cordero (2009), pp. 153-175, control que incluso alcanza la propia actividad contralora interna, advierte Navarro (2012), pp. 436-438, 440-443.

—se pregunta Aldunate— dejar de aplicar la ley o reglamento que estima inconstitucional?⁹³ Aunque Aldunate no crea que esa sea la regla general, sí estima que ella debe ser la respuesta «cuando la inconstitucionalidad conlleve a la lesión de posiciones jurídicas subjetivas de derechos fundamentales»⁹⁴.

¿Cuál es la situación, ahora, de lo que denomina el órgano jurisdiccional? El órgano jurisdiccional es, afirma Aldunate, aquel encargado de «declarar de manera definitiva y vinculante los efectos jurídicos de una hipótesis por parte de un tercero no concernido»⁹⁵. Esto importa no sólo para poder determinar a cuáles órganos se les van a hacer exigibles las obligaciones constitucionales propias en materia de ejercicio de la función jurisdiccional (como, por ejemplo, el debido proceso); sino que, además, para advertir que aquellas instancias que intervengan ejerciendo atribuciones distintas a la jurisdiccional queden sujetas a un control jurisdiccional y someterlas, en cuanto a sus atribuciones, «a aquellas reglas y procedimientos de garantía adecuados para el tipo de órgano y actividad de que se trate»⁹⁶. No hay jurisdicción allí donde hay ejercicio de atribuciones por órganos «vinculados a los poderes estatales objeto del control»⁹⁷. Hablamos acá de los tribunales de justicia.

El órgano jurisdiccional se encuentra en una curiosa situación⁹⁸. Y es que el órgano jurisdiccional es, sostiene Aldunate, tanto destinatario de derechos fundamentales como «principal garante de los mismos»⁹⁹. La primera forma en que la jurisdicción se encuentra vinculada por los derechos fundamentales es al tener que desarrollar su actividad de

Según Pica (2013), pp. 222-224, la jurisprudencia más reciente del TC ha venido estableciendo una suerte de «reserva general» en materia de limitaciones a derechos fundamentales, lo que la ha llevado a extender sus espacios de intervención.

93 Aldunate (2008), p. 192.

94 Ibid., p. 193.

95 Ibid., p. 196.

96 Ibid., p. 196-7. Esto implica, ha dicho Bordalí en sentido similar, no tratar como irrelevantes las regulaciones materiales y orgánicas que son capaces —por referencias a los demás poderes del Estado— de asegurar la condición de tercera parte. Bordalí (2015), pp. 235-239.

97 Bordalí (2015), p. 238.

98 Sobre esto volveré hacia el final del trabajo, a efectos de anotar alguna distancia con la afirmación relativa a la fuerza vinculante de la Constitución.

99 Aldunate (2008), p. 198.

conformidad a los procedimientos que hemos diseñado para salvaguardar el respeto a los derechos de las partes involucradas, esto es, de quienes no son imparciales frente al conflicto que debe decidirse¹⁰⁰.

La segunda forma de vinculación se trasunta en el deber de interpretación conforme a la Constitución, esto es, en el deber de tener que aplicar el material normativo con que el juez o la jueza debe decidir el caso, a la luz de ésta¹⁰¹. Dejando de lado la interpretación conforme que los tribunales constitucionales realizan en tanto intérpretes operativos de la Constitución¹⁰²—sobre lo que volveré más abajo—, me centraré en la interpretación conforme a nivel del intérprete operativo de la ley¹⁰³. Si la Constitución es vinculante para todos los poderes del Estado, lo es, ciertamente, para los tribunales también. Estos deben integrar a la Constitución a las demás fuentes «en vistas a determinar la norma rectora de un caso»¹⁰⁴. Juezas y jueces de instancia, como se ha dicho, «se ve[n] obligado[s] a ascender desde el ámbito de la ley ordinaria al de la Constitución»¹⁰⁵. La Constitución, así, irradia su fuerza normativa a la lectura judicial que se realiza de las demás normas inferiores.

Ahora bien, la interpretación conforme a la Constitución supone que el intérprete judicial se encuentra en condiciones de poder integrar la Constitución a las demás fuentes¹⁰⁶. Sin embargo, hay casos en los que ello no será posible. ¿Puede en esos casos—pregunta Aldunate—un juez o jueza de instancia dejar de aplicar una ley que (él o ella) estima (sin posibilidades de conciliación) inconstitucional? Estima que entre las dos posiciones extremas —o se acepta que cualquier juez de instancia puede inaplicar o, en cambio, que ésta es una atribución que solo atañe al Tribunal Constitucional— existe alguna alternativa razonable¹⁰⁷. Esta es pensar la inaplicabilidad puesta en manos del Tribunal Constitucional como un mecanismo para impedir que el juez de instancia tenga que resolver la antinomia entre ley y Constitución¹⁰⁸. Pero de ello no se sigue —continúa— que el juez de instancia sea excusado de tener que «cumplir

¹⁰⁰ Ibid., p. 198.

¹⁰¹ Ibid., p. 199.

¹⁰² Ibid., p. 201.

¹⁰³ Ibid., p. 201.

¹⁰⁴ Ibid., p. 202.

¹⁰⁵ Bordalí (2007), pp. 33-34.

¹⁰⁶ Aldunate (2010), p. 89.

¹⁰⁷ Aldunate (2008), p. 203.

¹⁰⁸ Ibid., p. 204.

cabalmente con el artículo 6º y dar primacía a la Constitución por sobre las normas que la contravengan»¹⁰⁹.

El profesor Manuel Núñez ha contribuido de cerca a este debate. Advirtiendo la superposición de funciones entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, afirma que la desaplicación («derogación tácita» o «desaplicación por antinomia no invalidatoria») ha sido una tendencia jurisprudencial en nuestro país¹¹⁰. Para él, la facultad de los tribunales ordinarios de desaplicar normas de rango infraconstitucional procede tratándose de contradicciones «patentes» entre norma y Constitución y siempre que aquéllas sean «rigurosamente anterior[es] a la Constitución»¹¹¹. ¿Qué ocurre en los casos en que un tribunal ordinario, recurriendo a la interpretación a la luz de la Constitución, concluye desaplicando una ley? En esos casos, Núñez ha dicho que una cosa es la interpretación conforme a la Constitución, otra distinta la actuación *contra legem* que implicaría la desaplicación; se trata –afirma– de una acción «gravemente subversiva»¹¹². «Si la ley es inconstitucional –continúa– que caiga por inconstitucionalidad y que la haga caer quien pueda hacerlo [...]»¹¹³.

Finalmente, y al igual que Fernández¹¹⁴ y Bulnes¹¹⁵, para Aldunate la vinculación directa del juez a la Constitución podría llevarlo en ocasiones a brindar tutela a derechos fundamentales aun «a falta de procedimiento o instrumentos idóneos para una protección definitiva o provisional [...]»¹¹⁶. La igual protección de los derechos que ordena el artículo 19 N° 3, inciso 1º, sumado al principio de inexcusabilidad, así, tiene vigor para casos en que se carece de ley procesal¹¹⁷.

Luego de analizar, con el detalle expuesto, la forma que adopta la vinculación constitucional a los órganos del Estado, Aldunate aborda a los particulares en tanto destinatarios de los derechos fundamentales. Por la relevancia que el recurso de protección ha tenido a este respecto, se aborda en la sección siguiente.

¹⁰⁹ Ibid., p. 204.

¹¹⁰ Núñez (2012), pp. 203-205.

¹¹¹ Ibid., pp. 201-203.

¹¹² Ibid., pp. 212.

¹¹³ Ibid., pp. 212.

¹¹⁴ Fernández (2001), p. 79.

¹¹⁵ Bulnes (1998), p. 140.

¹¹⁶ Aldunate (2008), p. 205.

¹¹⁷ Ibid., p. 205.

3.2. El impacto del recurso de protección

Una de las razones que han llevado a la doctrina constitucional a afirmar que las disposiciones de derechos fundamentales obligan tanto a gobernantes como a gobernados, es la incorporación del recurso o acción de protección en la Constitución de 1980. Lo primero que debe anotarse, entonces, es que es un mecanismo de garantía jurisdiccional de los derechos el que (sumado a la comprensión ya mencionada que ha acompañado al artículo 6º de la Constitución) redefine la comprensión constitucional y conceptual de la Constitución.

Antes de abordarlo, sin embargo, quizá es útil comenzar distinguiendo algunos conceptos para efectos de entender cómo la práctica constitucional en materia de recurso de protección habría impactado en la determinación de los particulares como destinatarios de derechos fundamentales. Y esto pasa por aclarar, en primer lugar, a qué se refiere el denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales y, de paso, profundizar las referencias generales que a propósito del artículo 6º, inciso 2º, parte importante de nuestra doctrina traza¹¹⁸.

El denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales supone una mutación de la concepción clásica de derechos, cuyo único destinatario era el Estado y sus órganos, para extender su fuerza normativa a las relaciones entre particulares. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales admite que «particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos»¹¹⁹. En palabras de Aldunate, en el efecto relativo u horizontal «los particulares son considerados destinatarios de los derechos fundamentales»¹²⁰.

Ahora bien, el modo en que los derechos fundamentales despliegan su fuerza en las relaciones entre particulares puede adoptar, al menos, dos formas distintas. Es posible, en primer lugar, que los derechos fundamentales alteren las relaciones privadas al reclamar vigencia en ellas pero de una forma medida, esto es, a través de los mecanismos de la jurisdicción ordinaria y por medio de una determinada lectura (conforme a la Constitución) de las regulaciones específicas¹²¹. En esta variante,

118 Estas definiciones conceptuales, para decirlo de otra forma, no suelen estar presentes en los trabajos analizados antes (3.1) y que postulan una comprensión amplia de los destinatarios de derechos fundamentales.

119 Peña (1996), p. 154.

120 Aldunate (2008), p. 211.

121 Para Aldunate (2008), pp. 211-213, este es el sentido original en que se comprendió el efecto horizontal de los derechos fundamentales. En él, los

los derechos fundamentales irradian, aunque sin eliminar, al resto del ordenamiento¹²². Antes que prescindir de las regulaciones particulares del negocio privado en cuestión, en esta variante de la eficacia horizontal «la Constitución podría ser usada para modificar acuerdos propios del tráfico jurídico»¹²³.

La segunda variante de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en cambio, es una que permite recurrir directamente a la Constitución a efecto de rehuir¹²⁴ la jurisdicción ordinaria, las regulaciones legales específicas y, de paso, el desarrollo dogmático que ha acompañado esas regulaciones. De este modo, si en la primera variante se trataba de integrar la Constitución al sistema de fuentes que dirimen las relaciones negociales (o de otra índole) entre particulares¹²⁵, en esta segunda se trata de reclamar el imperio de la Constitución con independencia o prescindiendo de las demás fuentes¹²⁶.

Es por ello que, según se ha sugerido, conviene distinguir el efecto horizontal de los derechos fundamentales de su eficacia procesal directa¹²⁷. Mientras el primer concepto alude a la posibilidad de invocar los derechos fundamentales en relaciones entre particulares y a efectos de que operen como parámetro de la decisión a adoptarse, el segundo alude, específicamente, a la posibilidad de que los particulares utilicen derechos fundamentales uno contra otro en sus relaciones privadas, prescindiendo «de la vía jurisdiccional ordinaria»¹²⁸. Aunque la eficacia procesal directa suele abrir espacio para configurar una aplicación (inmediata) de los derechos fundamentales en las relaciones entre

derechos son un orden objetivo de valores a los que la judicatura debe recurrir, bien al realizar exámenes de constitucionalidad, bien al momento de decidir contiendas privadas, pero sin llegar a constituir «nunca, una fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre particulares».

122 Esto es lo que lleva a Marshall (2010), pp. 53-54, a afirmar que dicho efecto «en el que la relación relevante, desde el punto de vista de su regulación, es entre el Estado y un particular, no puede ser entonces caratulado de efecto horizontal, pues no involucra a particulares o terceros».

123 Peña (1996), p. 154.

124 Tomo la expresión de Peña (1996), p. 155.

125 Aldunate (2008), p. 215.

126 Este era el riesgo que, algún tiempo atrás, advertieran Jana y Marín (1996), al analizar la jurisprudencia del recurso de protección y su impacto en los mecanismos específicos de resolución de conflictos contractuales.

127 Peña (1996), pp. 154; Gómez (2005), p. 62; Aldunate (2008), p. 220-221, por su parte, habla del aspecto material y el aspecto procesal del efecto horizontal.

128 Peña (1996), pp. 155.

particulares, ello no es necesariamente así, pues depende de los contextos de conflicto y regulaciones institucionales (por ejemplo, de legitimidad activa y/o pasiva) en que se verifica. Un par de ejemplos puede arrojar mayor luz a este respecto.

El recurso de nulidad que contempla el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal es, por ejemplo, un caso de eficacia procesal directa de derechos fundamentales que plantea una diferencia con lo que había sido la práctica constitucional en materia de control de la actividad del poder judicial. Hasta su introducción, no existían instancias de control directo a la infracción de derechos fundamentales en una sentencia judicial¹²⁹. La reforma procesal penal vino a innovar en ese sentido, permitiendo a las cortes (de Apelaciones y Suprema, según sea el caso) revisar el respeto a los derechos por parte de un órgano jurisdiccional –como digo, echando mano a un recurso y en un procedimiento especialmente destinado al efecto y no, en cambio, como había sido la tónica, la de alojar esa tutela en el sistema de recursos de que se dispone¹³⁰.

Pues bien, el recurso de nulidad por infracción de garantías constitucionales que establece el Código Procesal Penal es ejemplo de eficacia procesal directa de los derechos fundamentales, toda vez que los particulares pueden, a través de él, echar mano directamente a la Constitución para efectos de controlar la actividad jurisdiccional del Estado. Pero no es, sin embargo, ejemplo de eficacia horizontal de los derechos. Y ello es así porque la infracción de derechos se reclama contra el procedimiento establecido legalmente y la forma en que éste se ha desarrollado. Los litigantes de un recurso de nulidad, así, son una de las partes y el Ministerio público, esto es, el Estado (Estado que, dicho

129 Existe, a este respecto, una importante discusión doctrinaria a propósito de la radicación de la acción de inaplicabilidad en manos del Tribunal Constitucional. Sobre ello volveré en la sección 4 de este trabajo.

130 Lovera (2005). Nótese, en todo caso, que pese a que la doctrina nacional –como se ha revisado– está conteste en que los derechos fundamentales vinculan a todos los órganos del Estado, que en este caso el órgano jurisdiccional no es sometido a evaluación «externa» de constitucionalidad, sino que sigue tratándose de controles «internos» al poder judicial. Este no es, ciertamente, el caso del Poder Legislativo y la Administración, en contra de quienes suele esgrimirse el mismo principio que frente a la jurisdicción se calla: *nemo iudex in sua causa*. Este tampoco es el caso del Ministerio Público, cuando le corresponde comparecer en tanto recurrido. Sin embargo, la crítica –sobre la que volveré más abajo en la sección 4– subsiste, pues el órgano de persecución criminal es, justamente, ajeno al poder judicial.

sea de paso, no está legitimado para interponer este recurso, puesto que no es titular de derechos fundamentales)¹³¹.

Algo parecido podría decirse de la cautela de garantías que establece el artículo 10 del Código Procesal Penal¹³². De conformidad a dicho precepto, en cualquier etapa del procedimiento en que el imputado no esté «en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, [el juez de garantía] adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio». Nuevamente se trata de una herramienta de eficacia procesal directa de los derechos fundamentales, mas no una forma de *drittwirkung*. Y ello es así porque los derechos fundamentales se hacen valer contra la persecución criminal del Estado y no en contra de otros particulares (no obstante, en última instancia, otro particular resulte de alguna forma imperado por la decisión que se adopte al respecto).

La situación, en cambio, es distinta en materia laboral. Allí sí es posible que particulares (trabajadoras) puedan invocar derechos fundamentales directamente en contra de otro particular (la empleadora), para lo cual cuentan, además, con mecanismos de eficacia procesal directa¹³³. Así, Ugarte ha dicho que el mecanismo de tutela laboral introducido por la Ley 20.087, «viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos [los fundamentales] en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata

131 Mosquera y Maturana (2010), pp. 334-335. Se ha sugerido alguna lectura alternativa del recurso de nulidad, aunque con escaso sustento en la práctica jurisprudencial. Si, como sugiere Silva (2010), p. 487, en parte importante de los recursos de nulidad se discute la interpretación de la ley y no la aplicación directa de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, entonces lo que hay es una interpretación conforme de las leyes a lo que dispone aquélla y no un mecanismo de eficacia procesal directa. Se trata, en todo caso, de una lectura en que la referencia a los derechos sigue limitada al control del accionar estatal (del juez) y no de la otra parte. Sin perjuicio de esto, en materia de titularidad de derechos, véase el Capítulo IV.

132 Agradezco a Mauricio Duce la referencia que al respecto me hiciera.

133 Una opinión distinta tiene Silva (2011), para el que tutela laboral comprende un modelo de aplicación de derechos fundamentales medida por la ley. En lo que se ha venido diciendo acá, se trataría —en su concepto— de una variante de irradiación antes que una de eficacia directa de derechos fundamentales. En sentido similar Huepe (2010), pp. 178-180.

o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado [...] –el empleador–»¹³⁴.

¿Opera el recurso de protección como un mecanismo de eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales?¹³⁵ La respuesta a esta pregunta no es pacífica. La doctrina tradicional afirma que el recurso de protección sí permite la eficacia directa de derechos fundamentales. Según dispone el artículo 20 de la Constitución, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva el «que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 [...]»¹³⁶.

Para parte importante de la doctrina nacional, es la forma amplia en que el enunciado constitucional consagra la acción de protección lo que la lleva a afirmar que ella instituye un mecanismo de eficacia procesal directa de los derechos fundamentales entre particulares. A lo anterior debe sumarse que la propia consagración constitucional establece en forma amplia (o indeterminada) la figura del agente que con su acción u omisión puede afectar derechos protegidos. A diferencia de lo que dispone su inciso 2º, que habilita la interposición del recurso en caso de afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sólo si el acto u omisión es «imputable a una autoridad o persona determinada», para el resto de los derechos tutelados por la acción no existe tal constreñimiento. Así, para Nogueira el recurso de protección es un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales que puede interponerse «contra de quien quiera que [los] hubiere» afectado,¹³⁷ también «frente a particulares»¹³⁸. El resto de la doctrina lo sigue de cerca.¹³⁹

134 Ugarte (2007), p. 61.

135 Véase, por todos, Nogueira (2003), p. 74. En este trabajo no se aborda, aunque se anota, la tesis sostenida, entre otros, por Bulnes (1998) y Fernández (2001). En términos casi idénticos, afirman que, en virtud de la eficacia normativa directa de la Constitución, «los tribunales deben acoger la acción, aunque no exista un recurso específico y un procedimiento que los resguarde». Bulnes (1998), p. 140. ¿Qué hacer, en ese caso? «[E]l órgano convocado a darle tal aplicación deberá, incluso, configurar aquel procedimiento acudiendo a las normas del Derecho Común o, en último término, a los principios y reglas generales del Derecho». Fernández (2001), p. 79.

136 Sobre los aspectos generales del recurso de protección, véase el Capítulo XII.

137 Nogueira (2003), pp. 222-223.

138 Nogueira (2007b).

139 Cea (2012), p. 669. Cea construye al sujeto pasivo sobre la base de las mismas características del sujeto activo –el primero, dice, es de «amplitud idéntica» al

En la vereda opuesta, algunas voces sostienen que, tanto por una cuestión de diseño como, en especial, por una de práctica, la acción de protección no ha configurado «una práctica sólida de aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares»¹⁴⁰. Desde luego, y contra quienes afirman que el recurso de protección evidencia un modelo de aplicación directa de la Constitución, podría objetarse que, siendo fieles al texto constitucional, no puede dejar de desconocerse que sólo algunos derechos se encuentran protegidos por la acción de protección. ¿Qué ocurre, por tanto, con los demás derechos no listados en el artículo 20? ¿Carecen esos derechos de aplicación directa? ¿Posee la supremacía constitucional límites, contrario a lo que se había dicho antes, al momento de pretender vigor en las relaciones entre particulares?¹⁴¹

Pero hay razones más poderosas. El recurso de protección, si se examinan con cuidado los requisitos que el artículo 20 de la Constitución establece para su éxito, procede sólo contra acciones u omisiones ilegales o arbitrarias¹⁴². De este modo, el recurso de protección no permite la aplicación directa de la Constitución en tanto las disposiciones de ésta, incluidas las de derechos fundamentales, se encuentran supeditadas a la legalidad de la acción u omisión de que se trate¹⁴³. Así, si la acción (u omisión) es legal, los derechos fundamentales no poseen aplicación alguna y el recurso debe rechazarse¹⁴⁴. Antes, un escenario tal, «la Corte

segundo—. Para efectos de lo que acá interesa, a saber, destacar la posibilidad de reclamar la vigencia de derechos fundamentales entre particulares, esto es suficiente. Sin embargo, es evidente que Cea incurre en un error; la identidad amplia del sujeto activo por supuesto que no coincide con la del sujeto pasivo del recurso, pues en este último caso debe incluirse, además —y como denota la extendida práctica del recurso— a órganos del Estado. Estos, por cierto, carecen de titularidad para impetrar la acción. Además de Cea, Soto (1982), pp. 311-312; Verdugo y Pfeffer (1994), pp. 334-335; Navarro (2012b), p. 641, afirmando que la tutela efectiva de los derechos procede contra autoridades y particulares, una verdadera «revolución silenciosa».

140 Tomado de la pregunta que formula Gómez (2005), pp. 62-63.

141 Por supuesto que estas preguntas tienen sentido, para la discusión que acá se aborda, solo si se considera que esos derechos que carecen de «capacidad jurídica para su imposición» siguen siendo derechos. Alexy (2002), pp. 181-183.

142 Silva (2010), p. 486.

143 Ibid., p. 491.

144 A menos que el acto o la omisión sea arbitrario y que la arbitrariedad se configure, a su turno, con la infracción de la propia Constitución. Lo mismo, claro está, suele discutirse con respecto a la legalidad, aunque sobre esto último vuelvo luego.

de Apelaciones nada puede hacer para amparar el derecho fundamental lesionado [...]»¹⁴⁵. En cambio, sólo si la acción (u omisión) es ilegal, puede proceder a examinarse la alegada amenaza, perturbación o privación de alguno de los derechos que enlista el artículo 20. En el mejor escenario, entonces, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encuentra mediada por la legalidad, por lo que no se trataría de un mecanismo de eficacia procesal directa¹⁴⁶.

Desde el punto de vista de la práctica que ha acompañado al recurso de protección, por su parte, tampoco es cierto que éste haya servido para dotar de eficacia horizontal a los derechos fundamentales. La acción en comento opera, más bien, como una acción precautoria¹⁴⁷, de urgencia (como alternativa a la autotutela)¹⁴⁸, o de carácter instrumental¹⁴⁹ que, justamente por ello (o por todo ello), hace imposible construir jurisprudencia sobre derechos fundamentales¹⁵⁰. La proliferación de acciones de protección entre particulares, antes que permitir afirmar el efecto horizontal de derechos fundamentales, ha contribuido a vulgarizar –dice Gómez– el derecho constitucional y los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, así, son degradados al permitir que se confundan las posiciones amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, o de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema.

La concepción imperante del recurso de protección entre particulares, podría concluirse, no implica, entonces, la aplicación de los derechos constitucionales a situaciones entre particulares, sino que, más bien, la disolución de los derechos en la legalidad o institucionalidad vigente¹⁵¹.

¹⁴⁵ Gómez (2005), p. 25.

¹⁴⁶ Como afirma Marshall, «el recurso de protección no procede contra los actos provenientes de particulares, pues éstos no pueden afectar derechos fundamentales». Marshall (2010), p. 68.

¹⁴⁷ Marshall (2010), p. 68.

¹⁴⁸ Bordalí (2006); Jana y Marín (1996), pp. 86-95.

¹⁴⁹ Gómez (2005), p. 77.

¹⁵⁰ Bordalí (2011), pp. 68-71.

¹⁵¹ El sentido en el que Gómez (2005), pp. 77-78 se refiere a la vulgarización del derecho constitucional, como se aprecia, implica la imposibilidad de una dogmática de los derechos fundamentales. Como lo afirma Aldunate (2008), p. 365, se produce «un notable empobrecimiento conceptual en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionales». Se trata de una forma de vulgarización distinta de la que se suele reclamar y que, más bien, apunta a

Sin embargo, debe hacerse mención a dos precauciones finales. En primer lugar, es preciso advertir que la misma práctica es la que ha alentado la confusión respecto al efecto horizontal de los derechos. Pues no es poco frecuente encontrar decisiones de los tribunales superiores de justicia en que los mismos derechos fundamentales identificados en el artículo 20 sirven de parámetro para configurar la ilegalidad¹⁵². De esta suerte, el derecho constitucional cuya amenaza, perturbación o privación se reclama, cumple un doble papel; de una parte, se incorpora al bloque de legalidad contribuyendo a configurar la ilegalidad del acto u omisión, y, de otra, aparece como derecho afectado por esa misma ilegalidad que el mismo derecho configuró. En segundo lugar, y en un sentido distinto, aunque relacionado, debe anotarse que el recurso de protección procede no solo frente a hipótesis de ilegalidad, sobre lo cual ya se ha dicho suficiente arriba, sino que, también, frente a acciones u omisiones arbitrarias. En este sentido, es posible que un particular actúe u omita actuar arbitrariamente y que, como consecuencia de esa arbitrariedad, infrinja derechos fundamentales de otro particular. Si la arbitrariedad se entiende como la falta manifiesta de fundamento para actuar o dejar de actuar, o como el mero capricho que gobierna

reclamar por la constitucionalización del derecho en la informalidad y falta de precisión conceptual de los derechos fundamentales; una «vulgarización por constitucionalización», como afirmara Correa (2005). Bordalí (2011), p. 59, las trata en conjunto, no obstante diferenciándolas adecuadamente. Accatino (2007), pp. 24-7, por su parte, afirma que todo lo anterior atenta contra la certeza jurídica. La proliferación de acciones de protección entre particulares –sostiene– sustituye la ley por la decisión judicial de turno. Quizá ello se debe, como afirmó Peña (1996), p. 155, a que la introducción de un mecanismo de eficacia directa de derechos fundamentales se hizo en el contexto de una práctica argumentativa que no se había desarrollado lo suficiente («una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica», fueron sus palabras). Aunque Atria (2000), p. 389 observó –adecuadamente para lo que acá se discute– que, una de las razones para la vulgarización del derecho por constitucionalización, estriba, precisamente, en que se trata de una «práctica constitucional [que] es procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica». Reclamando que la vulgarización no es otra cosa que una etiqueta académica y estudiantil que desconoce la relevancia de los derechos fundamentales, por su parte, Ruiz-Tagle (2005).

- 152 A modo de ejemplo, véanse las decisiones sobre derecho a la vida que se reproducen en Gómez (2005), pp. 257-262, donde la ilegalidad se construye o por referencia al derecho mismo o por referencias vagas e imprecisas al ordenamiento jurídico, así, en términos generales. O las decisiones sobre privacidad que se exponen en Figueroa (2014), donde el derecho a la vida privada funda la ilegalidad (pp. 221-225, 333) o donde las cortes hablan de ilegalidad o arbitrariedad de manera indistinta (p. 268).

la acción o inacción de aquel cuya infracción se reclama, entonces la primera pregunta que debe responderse es si acaso la obediencia a las leyes y regulaciones vigentes son una razón que elimina la antijuridicidad constitucional de la acción u omisión. En algunas ocasiones, así lo han entendido las cortes.

Pero hay otras ocasiones, concordantes, debiera decirse, con el texto constitucional, en que las cortes han tratado la arbitrariedad como una forma de antijuridicidad autónoma. En estos casos hay, a su turno, dos posibilidades. Primero, que las cortes entiendan que la arbitrariedad es consecuencia de la afectación de derechos, situación en la que la hipótesis de antijuridicidad subsume la afectación de derechos. Tiene poco respaldo en el texto constitucional, sin embargo ocurre (tal como ocurre, como se indicó antes, con la ilegalidad construida a partir de la inconstitucionalidad) y allí se podría hablar de una hipótesis de aplicación directa de derechos fundamentales. Segundo, es posible que la hipótesis de arbitrariedad se construya con prescindencia de los derechos constitucionales cuya afectación se reclama, hipótesis que encuentra más respaldo en el texto constitucional. En un caso tal, donde la arbitrariedad se construye a partir de alguna teoría de la justicia, entonces la aplicación de derechos fundamentales está mediada por esa teoría (o por la arbitrariedad) y, entonces, no hay aplicación directa de derechos fundamentales. La pregunta que debiera encararse es si acaso están los jueces y las jueces en posición de sostener una teoría de la justicia en el contexto de una acción judicial de las características del recurso de protección (o de cualquier otra)¹⁵³.

3.3. El Tribunal Constitucional

A modo de conclusión, vale advertir que parte importante de las doctrinas relativas al (i) carácter jurídico y (ii) vinculante de la Constitución, así como (iii) al papel que cabe a la jurisdicción constitucional en tanto prenda de garantía de la supremacía constitucional y (iv) al efecto horizontal de los derechos fundamentales, han sido recogidas en decisiones del Tribunal Constitucional. A efectos ilustrativos, se mencionan sólo algunas de esas decisiones¹⁵⁴, para centrar la atención en la forma en que el Tribunal Constitucional ha entendido que los derechos fundamentales se incorporan en las relaciones contractuales

¹⁵³ Agradezco a Rodolfo Figueroa una conversación con respecto a este punto.

¹⁵⁴ Parte importante de ellas está tomada del compendio de jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional (2015) ofrece.

entre privados, alterando, de este modo, el régimen tradicional de destinatarios de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, no tiene dudas respecto (i) al carácter jurídico de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, la Constitución es una ley y éste, por su parte, el órgano jurisdiccional encargado de su aplicación. En la sentencia Rol N° 325, el Tribunal Constitucional sostuvo, citando con aprobación a Lucas Verdú, que «a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una superley, es una ley fundamental»¹⁵⁵. Se trata de un asunto de jerarquía –como el mismo Tribunal Constitucional lo reitera–, no uno de especie¹⁵⁶.

En tanto norma jurídica, (ii) la Constitución no necesita ser mediada por la intervención legislativa para producir efectos: «el irrestricto respeto de los derechos fundamentales, en el marco de sus límites legítimos, constituye un imperativo derivado de la observancia del principio de supremacía constitucional que obliga a todos los órganos del Estado, según lo preceptuado en el artículo 6° inciso primero»¹⁵⁷ de la Constitución. Se trata de una norma, como ha dicho textualmente en otra parte, que consagra la fuerza obligatoria directa de la Constitución¹⁵⁸ y cuyos derechos, a su turno, son «facultades subjetivas reconocidas a su titular»¹⁵⁹.

El Tribunal Constitucional, del mismo modo, considera que su propia existencia es (iii) prenda de garantía para la sujeción del Estado a la Constitución, a sus normas, valores y principios¹⁶⁰. Así, ha sostenido que «la jurisdicción constitucional se proyecta así como una de las garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho y del régimen democrático. En efecto, el poder público en todas sus manifestaciones debe someter siempre su quehacer a la Constitución Política de la República. Por su lado, la jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete»¹⁶¹.

155 STC Rol N° 325-01, cons. 13°.

156 STC Rol N° 325-01, cons. 13°.

157 STC Rol N° 521-06, cons. 27°.

158 STC Rol N° 943-07, cons. 14°.

159 STC Rol N° 1173-08, cons. 10°.

160 Sobre la garantía jurisdiccional de los derechos, véase el Capítulo XII.

161 STC Rol N° 1254-08, cons. 23°.

Finalmente, para el Tribunal Constitucional no cabe duda que, siendo las disposiciones de la Constitución normas cuya eficacia no depende de mediación legislativa, estas también (iv) gobiernan de igual forma las relaciones entre particulares¹⁶². Ya lo había señalado, embrionariamente, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 46-87, al señalar que los preceptos de la Constitución «no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución»¹⁶³.

Y ello es porque, para el Tribunal Constitucional, el alcance del principio de supremacía constitucional es universal¹⁶⁴. Ahora bien, resulta interesante señalar que el Tribunal Constitucional ha advertido que el efecto horizontal puede adoptar dos modalidades –ambas antes identificadas en este trabajo–. Una modalidad de aplicación directa, esto es cuando la Constitución y sus preceptos operan como las normas jurídicas que resuelven la contienda, o bien de modo mediato o indirecto, cuando las disposiciones legales específicas que regulan la materia sobre la que versa la contienda se interpretan de conformidad a la Constitución. Curiosamente, esto es, pese a las declaraciones sobre el alcance universal de las disposiciones constitucionales, para el Tribunal Constitucional la hipótesis de aplicación directa e inmediata de la Constitución se reserva para los casos en que se evidencia «ausencia de previsiones normativas» específicas¹⁶⁵. Y esto es crucial para entender el alcance del efecto horizontal desarrollado en sede de justicia constitucional.

Estas ideas, como digo, embrionariamente desarrolladas en 1988, fueron implementadas con mayor fuerza en un cúmulo de decisiones que el Tribunal Constitucional dictó en materia de alza unilateral de los precios de los planes básicos de las ISAPRE. Allí, el Tribunal Constitucional no tuvo dudas en cotejar las disposiciones legales que

¹⁶² Por supuesto que, como diré luego, estas afirmaciones deben situarse en el contexto específico en que se pronuncian; ya sea vigilando la aplicación de preceptos legales conforme a la Constitución (más abajo en 4.1 vuelvo sobre este punto), ya controlando la constitucionalidad de las disposiciones legales vigentes. En ambos casos, la contraparte es un órgano del Estado habilitado constitucionalmente para producir normas jurídicas y no, en cambio, otros particulares.

¹⁶³ STC Rol N° 46-87, cons. 21°.

¹⁶⁴ STC Rol N° 567-06, cons. 4°.

¹⁶⁵ STC Rol N° 2626-14, cons. 23°.

regulan los contratos privados de prestación de salud con los derechos fundamentales, y leer las cláusulas de los primeros a la luz de los segundos. Así, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 976-07, el Tribunal Constitucional afirma que los particulares también tienen el deber de respetar y promover los derechos (nótese el lenguaje de destinatario que emplea el Tribunal), «aunque sea subsidiariamente»¹⁶⁶. En la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287- 08 lo vuelve a afirmar: «cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos»¹⁶⁷.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, como se advierte, se refiere a una vigencia subsidiaria de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Esto quiere decir que las regulaciones legales, administrativas y contractuales específicas que gobiernan a las entidades privadas que intervienen (por ejemplo, prestando servicios) en asuntos vinculados a derechos fundamentales, se ven sujetas a una nueva comprensión de esas regulaciones que resulta influenciada (aunque no exclusivamente) por los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional lo dice de este modo: «Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana»¹⁶⁸.

Esto es no otra cosa que una de las variantes del efecto horizontal de los derechos fundamentales, los que, así, se leen a través (y no en vez)

¹⁶⁶ STC Rol N° 976-07, cons. 34°.

¹⁶⁷ STC Rol N° 1287-08, cons. 35°. Y agrega en el cons. 36° –resumiendo, en parte, todo lo que se ha venido señalando hasta acá– que, «lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza a la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella (los destacados me pertenecen)».

¹⁶⁸ STC Rol N° 1287-08, cons. 40°. Es cierto que acá el TC solo se refiere a las regulaciones legales y administrativas. Sin embargo, la idea de primacía de los derechos fundamentales por sobre las convenciones particulares las desarrolla a continuación.

de las regulaciones legales, administrativas y contractuales específicas que regulan la relación jurídica¹⁶⁹. En efecto, la inaplicabilidad se dirige contra las consecuencias inconstitucionales que se pueden seguir de la aplicación de un precepto legal y por ende contra el Estado y sus órganos, no contra otro particular –que, no obstante, se ve alcanzado por los efectos de la decisión¹⁷⁰–. Lo que ocurre es que, en este tipo de casos, hay algo más. Ese algo más se advierte cuando se presta atención al contexto altamente regulado en que se verifica este tipo de contratos¹⁷¹. Y ello es porque las ISAPRE no son (simplemente) un particular más, sino que instituciones que están habilitadas constitucionalmente para el desarrollo de una determinada actividad¹⁷². Esa habilitación, sin embargo, de las lecturas que la miran como espacio de autonomía para el desarrollo de actividades empresariales (la libertad de enseñanza, como se la había entendido hasta hace poco, es otro ejemplo), se confiere para el desarrollo de asuntos de interés público que encuentran en los

169 Lo que no implica, desde luego, que esas regulaciones y, en especial, su comprensión (judicial, legislativa, doctrinaria, etc.) perviva de la forma en que siempre se la entendió.

170 Una opinión distinta sostiene Aldunate (2008), pp. 480-481, quien advierte que, por esta vía, los particulares se transforman «en verdaderos órganos al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales de otro».

171 Algunos, como Núñez (2011), p. 57, notan que una comprensión tal del contrato de salud supone «escindi[rlo] de la familia de los seguros mercantiles para pasar a formar parte del sistema de seguros sociales».

172 La expresión habilitación denota una lectura benevolente con la Constitución. En verdad no se trata solo de una habilitación, sino que –en especial por la práctica política que ha acompañado a estas disposiciones– de un conjunto de negocios reservados a algunas instituciones privadas. Lo que ocurre es que estas instituciones estiman que, desarrollando los negocios constitucionalmente reservados, deben ser tratadas como cualquier otro privado y sujetarse al estatuto legal privado. En la STC Rol N° 976-07 en comento, el TC condensa estos dos aspectos en una sola referencia al advertir (echando mano a esa práctica política) la reserva del negocio, de una parte, y (contrario a las expectativas del empresario de esos negocios) la mayor carga que esa reserva trae de la mano, de otra. Dice: «Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza». STC Rol N° 976-07, cons. 36°.

derechos, antes que un puro límite, una habilitación para la regulación¹⁷³. Se trata, como afirma el Tribunal Constitucional, de sectores regulados que invitan al legislador, por ejemplo, a «fija[r] la forma que adoptan las personas jurídicas en el ámbito bancario, financiero, de instituciones de salud previsual, de administradoras de fondos de pensiones, etc.»¹⁷⁴. Este criterio fue tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional para interpretar los contratos de salud previsual al amparo (indirecto, como digo) de los derechos fundamentales involucrados¹⁷⁵.

4. ¿A toda persona, institución o grupo?

En la parte final de este capítulo se abordan, brevemente, dos aspectos que ayudan a matizar algunas de las afirmaciones relativas a destinatarios de derechos fundamentales que se han venido analizando hasta acá. Por una parte, (4.1) esta sección se pregunta sobre la situación del órgano jurisdiccional. Si la concreción de la supremacía constitucional se verifica sujetando a los órganos del Estado —a todos ellos, como

173 En otras legislaciones, esta categoría de intervenciones privadas—y su consiguiente espacio para la regulación— es expresamente recogida. Nótese, a modo ejemplar, el artículo 57 de la Ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica, citado por Aldunate (2008), p. 214, n. 383: «El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales».

174 STC Rol N° 2787, cons. 45°.

175 Así, por ejemplo, y para insistir en este punto, en STC Rol N° 1287-08 el Tribunal Constitucional sostuvo, «Que lo razonado resulta aún más evidente en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con los estipulados en el contrato de salud, celebrado entre una Institución de Salud Previsual y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, N° 9°, inciso final, de la Carta Política» STC Rol N° 1287-08, cons. 42°. Este argumento está desarrollado en Lovera (2011), pp. 110-113. Se trata, por cierto, de una interpretación que se ha venido acomodando dentro de la lectura que ha acompañado a la Constitución de 1980; una que mira al Estado, sea en su rol empresario o en su actividad regulatoria, con sospecha y que reclama, por ello, restricción. Al respecto, véase Viera (2015), pp. 150-158. Sobre los límites de esta posibilidad, Atria (2014), pp. 213-222.

dispone el artículo 6º— a un control externo de constitucionalidad de sus acciones, ¿cómo explicar que el órgano jurisdiccional esté al margen de ese tipo de control y, sin embargo, no deje de hablarse de supremacía constitucional? La conclusión, como se dirá, es que o bien la supremacía constitucional no alcanza a todos los órganos del Estado (lo que deberíamos rechazar) o bien que es posible aceptar modelos de control interno (esto es, controles no ajenos al órgano dotado de facultades creadoras de normas).

En segundo lugar, (4.2) se revisarán algunas voces que llaman a repensar la lectura que se ha hecho del artículo 6º, inciso 2º respecto de los particulares. Estas voces sugieren que los niveles de vinculación a la Constitución y sus normas son distintos tratándose de órganos del Estado y particulares. Mientras los primeros están sujetos directamente a la Constitución, lo que es en parte inescapable, siendo que la Constitución determina parte importante de sus competencias y facultades, los segundos se encuentran vinculados a ella solo de modo mediato, esto es, previa intervención de algún órgano del Estado que, revestido de facultades productoras de normas, vincula al particular (indirectamente) con la Constitución.

4.1. El control externo como concreción de la supremacía constitucional

Carlos Fayt, comentando sobre la revisión judicial en tanto arreglo institucional neoconstitucional, sostuvo que la fuerza de la Constitución era de tal envergadura que ella era oponible no sólo respecto de los poderes del Estado, sino que contra cualquier otra persona. En sus palabras: «Si la Constitución es la ley fundamental y suprema [...] deben los jueces velar por la observancia de todas y cada una de sus normas, principios, declaraciones y garantías contra cualquier avance de los otros poderes y aun del pueblo mismo»¹⁷⁶. En Chile es posible encontrar voces similares. Según el profesor Aldunate, la concreción del carácter vinculante de la Constitución para el legislador se verifica en «sistemas de control de constitucionalidad que son entregados a órganos jurisdiccionales»¹⁷⁷. Lo propio podría afirmarse del gobierno y la administración del Estado.

Ahora bien, ¿puede decirse que, en Chile, todos los órganos del Estado estén sujetos a controles de constitucionalidad? La pregunta no

¹⁷⁶ Fayt (1988), p. 25.

¹⁷⁷ Aldunate (2008), p. 183.

es trivial, pues si la supremacía constitucional depende en su *concreción* del hecho (normativo que redunda en diseños institucionales adecuados para) de que todos los órganos del Estado estén sujetos a sistemas de control de constitucionalidad, entonces que algunos de ellos queden fuera de esa tutela echa por tierra el principio (así como se lo presenta) o, a lo menos, atenúa su fuerza.

Acá quiere afirmarse que esa es la situación de los órganos jurisdiccionales. Que respecto a ellos o bien el principio se concreta por medio de mecanismos internos de control o bien que el principio posee fuerza atenuada en comparación a los demás órganos del Estado. Esta idea amerita una breve explicación. Como acertadamente lo ha indicado Aldunate, en nuestro esquema constitucional «no existe una regla específica que vincule el actuar de los tribunales del capítulo VI de la Constitución al derecho o a la ley [...]»¹⁷⁸. Es más, en lo que respecta al respeto del debido proceso, el sometimiento de los órganos jurisdiccionales a sus principios se encuentra mediada, por mandato constitucional expreso, a la regulación legislativa de los procedimientos¹⁷⁹. Esto es –sostiene Aldunate– una deficiencia: «no someter al órgano jurisdiccional» a la exigencia de respetar un procedimiento justo y racional y, por tanto, dejarlo sometido solo al principio de legalidad¹⁸⁰.

Descartado que en el ejercicio de la función jurisdiccional se permita cuestionar constitucionalmente la forma en que se garantiza el debido proceso (lo que ya denota, aunque de forma leve, una atenuación de la fuerza vinculante de la Constitución), resta preguntarse qué ocurre respecto al fondo de los asuntos que los tribunales ordinarios deben resolver, esto es, respecto a la interpretación de la ley. Una primera respuesta a esta pregunta, anotada antes, es advertir que los tribunales ordinarios tienen el deber de interpretar las leyes conforme a la Constitución.

¿Se someten esas interpretaciones a controles ajenos al órgano jurisdiccional? ¿Qué hay del control externo al poder judicial? Desde el punto de vista del diseño institucional, Chile carece de un sistema de control constitucional del resultado de la actividad jurisdiccional (similar a lo que ocurre en el modelo del amparo colombiano)¹⁸¹ y en

¹⁷⁸ Ibid., p. 199.

¹⁷⁹ Ibid., p. 200.

¹⁸⁰ Ibid., p. 200.

¹⁸¹ Véase, Corte Constitucional colombiana, T-006/1992, 12 de mayo de 1992, que en el punto 6 de sus fundamentos jurídicos dispuso: «Sin embargo,

otras experiencias comparadas)¹⁸². De conformidad a la forma en que está diseñado el modelo de control de constitucionalidad, donde el Tribunal Constitucional carece de una «posición en la jurisdicción que le permita revisar la juridicidad de la sentencia de término de la gestión... la última palabra la tienen los tribunales donde está radicada la gestión [...]»¹⁸³.

Hay, desde luego, un sector importante de la doctrina que no comparte esta evaluación. Para este sector, que presta especial atención a la práctica del Tribunal Constitucional, este intenta, de algún modo, disciplinar las lecturas de los derechos fundamentales que realizan los tribunales ordinarios. ¿Cómo? Primero, se ha sugerido que los tribunales de control de constitucionalidad dictan un tipo de sentencias que, además de resolver la contienda específica, instruyen al resto de los poderes (o esa es su pretensión) sobre la forma adecuada en que debe leerse e interpretarse la Constitución. Estas son las denominadas sentencias interpretativas¹⁸⁴. Se ha dicho, también, que el recurso de inaplicabilidad se ha venido configurando como una suerte de amparo imperfecto¹⁸⁵. Esto quiere decir que por medio del recurso de inaplicabilidad, en virtud de su faz concreta de control (esto es una decisión sobre un «litigio o proceso real y verdadero»)¹⁸⁶, el Tribunal Constitucional termina, inevitablemente, haciendo pesar sus consideraciones en la

.....

tratándose de acciones de tutela, la pretensión de defensa relativa al derecho fundamental violado o amenazado debe plantearse ante una instancia distinta de la presuntamente infractora y el fallo que se produzca podrá impugnarse ante el juez competente. La Constitución edifica una múltiple garantía de protección en favor de la víctima de la violación de un derecho fundamental: la acción de tutela ante el juez competente, la impugnación del fallo de tutela y su eventual revisión por la Corte Constitucional. Se consagra así, por voluntad del propio constituyente, para las controversias sobre violación de derechos fundamentales por autoridades públicas, el principio de la doble instancia judicial, a lo cual, se agrega la eventual revisión del fallo de tutela por parte de la Corte Constitucional. Este conjunto de garantías, que configuran un verdadero derecho constitucional para reclamar de las autoridades una conducta de obediencia estricta a los derechos fundamentales de los ciudadanos, sería nugatorio si sólo pudiere ejecutarse ante las mismas autoridades públicas que las vulneren».

182 Gómez (2013), pp. 244-255.

183 Gómez (2013), p. 62. Para Gómez, esto es una deficiencia en el modelo.

184 Bordalí (2007), pp. 454-6.

185 Cazor y Pica (2009).

186 Cazor y Pica (2009), p.28.

decisión de fondo¹⁸⁷. Esto resulta aún más problemático si se advierte que parte importante de la práctica constitucional que el Tribunal Constitucional ha desarrollado a propósito de la inaplicabilidad discurre sobre razonamientos de carácter abstracto. Finalmente, se ha señalado que, en la práctica, el Tribunal Constitucional ha retenido en el mismo procedimiento de inaplicabilidad algunas atribuciones propias de la jurisdicción de fondo. El profesor Manuel Núñez, por ejemplo, afirma que el Tribunal Constitucional, al momento de ejercer sus facultades de inaplicabilidad, retiene dos facultades que son propias de la jurisdicción de fondo y que vendrían a disciplinar las decisiones de los jueces de esta última instancia: su intervención en la determinación de la (adecuada) interpretación conforme de la ley [a la Constitución]. y la capacidad para controlar el ámbito de aplicación de las leyes¹⁸⁸.

Que el Tribunal Constitucional actúe de esta manera es ya objeto de cuestionamientos desde el punto de vista teórico, y en ello llevan razón las voces que alertan sobre su operación¹⁸⁹. Sin embargo, se ha sostenido, también, que es discutible que en la práctica esto haya ocurrido de modo extendido¹⁹⁰. Y, en todo caso, de haber ocurrido, da pie,

187 Cazor y Pica (2009), p.28.

188 Núñez (2012), pp. 223-26. Gastón Gómez, en cambio, aunque sin negar el efecto de las decisiones de inaplicabilidad sobre juicios ordinarios, sostiene que «la interpretación de la ley y la resolución del conflicto subyacente al caso siguen siendo facultades exclusivas del tribunal de fondo y de las Cortes». Gómez (2013), p. 21.

189 Aldunate (2010), p. 89 n.23; Bordalí (2007), pp. 47-48.

190 Cazor y Pica (2009), p. 37, por ejemplo, califican su análisis al sugerir que la inaplicabilidad opera como amparo imperfecto a condición de entender que opera como «medio indirecto de revisión de actos procesales» y siempre y cuando la inaplicabilidad se presente estando la gestión pendiente en etapa de apelación o casación. Como lo reconocen los autores, se trata de un supuesto (con base en la práctica que revisan del TC, en todo caso), por cuanto, afirman, «si el asunto [que se somete a consideración del TC por medio de un recurso de inaplicabilidad] contare con sentencia definitiva (o incluso sentencia interlocutoria), se produce un alcance revocatorio de la sentencia dictada en primera instancia si el asunto se encontrare en sede de apelación y un alcance casatorio de la sentencia si el asuntos se encontrare en sede de casación» (p. 29).

Pero en esos casos, las sentencias definitivas de primera instancia serían dejadas sin efecto, no por la sentencia del Tribunal Constitucional, claro está, sino por la interpretación conforme que el tribunal de apelación o casación (según sea el caso) realice en concordancia con los lineamientos establecidos por aquél, como afirma Gómez (2013), p. 58. Pero esto, justamente, es lo que no resulta claro que ocurra como práctica en la relación entre tribunales ordinarios

precisamente, para criticar la forma en que el Tribunal Constitucional ha mal comprendido o se ha excedido en sus atribuciones¹⁹¹ o, como afirma Núñez, para cuestionar el carácter del Tribunal Constitucional en tanto lector supremo y exclusivo de la Constitución¹⁹². Dicho de otro modo, si el Tribunal Constitucional funciona en la práctica como un mecanismo externo de control de las decisiones jurisdiccionales ordinarias, es porque, para bien o para mal, ha configurado una práctica constitucional ajena a (aunque alentada por la ambigüedad de las) regulaciones orgánicas.

De suerte que, tanto por una cuestión de diseño como por una de práctica institucional y autocomprensión institucional, los tribunales de justicia carecen de un control externo de constitucionalidad. De esto pueden obtenerse, al menos, dos lecturas para efectos de determinar el alcance del artículo 6º, inciso 2º, en relación a la justicia constitucional.

y judicatura constitucional. Como se ha dado cuenta por alguna doctrina, se trata de un diálogo (de serlo) que ha sido poco fecundo y que podría mejorarse introduciendo una suerte de casación unificadora constitucional, como propone Bordalí (2007), p. 65, ejercitando una «lealtad constitucional» entre TC y tribunales ordinarios, según Núñez (2012), p. 227, o creando las condiciones jurisprudenciales para configurar el «nexo funcional» entre las dos jurisdicciones, de acuerdo a Zúñiga (2010), pp. 424-5.

- 191** En este sentido Cazor y Pica (2009), p. 37, llamando al Tribunal Constitucional a delimitar los alcances de su control concreto de inaplicabilidad; Aldunate (2008), p. 202, afirmando que el órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes tiene por función verificar el sentido atribuido a la Constitución, pero no el de la ley —lo que «corresponderá a las demás instancias de aplicación del derecho [...]»; Silva (2012), pp. 599-605, afirmando, con otros, que el Tribunal Constitucional utiliza la acción de inaplicabilidad para inmiscuirse, a pesar de sus declaraciones en contra, en asuntos de mera legalidad, a saber: relativos a la interpretación de la ley.
- 192** Núñez (2012), pp. 223 y 226-227. En el mismo sentido Silva (2012), que, no obstante haber reclamado que el Tribunal Constitucional se inmiscuye en labores propias de los tribunales de instancia, afirma, a un tiempo, que las sentencias del Tribunal Constitucional son relativamente ineficaces («inútiles») frente a los tribunales de justicia (pp. 589-599). Otros, como Gómez (2013), p. 244-6, ven en esto un problema de diseño al no haberse determinado los efectos formales de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los órganos jurisdiccionales. En rigor, afirma, el Tribunal Constitucional «carece de control de la sentencia dictada por los tribunales [...]». Finalmente, y más allá, Nogueira (2006), pp. 115-119 afirma que, pese a los problemas de diseño —que en su concepto se advierten al no haberse establecido la facultad de revisión constitucional de la «jurisprudencia de los Tribunales ordinarios»— es deber de los tribunales de fondo «observar» los precedentes de la justicia constitucional. Al punto tal, afirma, que su desobediencia implica la violación de la Constitución.

La primera es que este estado de cosas no es problemático en tanto, como se ha dicho, el poder judicial cuenta con mecanismos internos que permiten tutelar la vigencia de los derechos fundamentales (como, por ejemplo, el sistema de recursos). Ahora bien, aceptar esta alternativa, supone aceptar que no es cierto que la supremacía constitucional se concrete solo allí donde se dispone de mecanismos externos de control judicial de decisiones gubernativas¹⁹³, sino, cosa distinta, que es perfectamente posible –los tribunales de justicia serían un ejemplo– afirmar la existencia de la supremacía constitucional cuando se dispone de mecanismos internos de control. ¿Por qué no admitir un modelo de control interno para los demás órganos del Estado? ¿Por qué la lectura *interna* de unos es considerada prenda de garantía de la supremacía constitucional y la de otros, en cambio, supeditada a control *externo*?¹⁹⁴

Responder negativamente a esta pregunta, e insistir en que la concreción de la supremacía constitucional requiere de un órgano externo que controle su respeto, ofrece la segunda lectura –que deberíamos rechazar–. Y esta es que en nuestro modelo la Constitución posee una supremacía atenuada¹⁹⁵, una supremacía que está debilitada no en intensidad, pero sí en alcance; habría órganos del Estado –como el jurisdiccional– que, contrario a lo que dispone el artículo 6º, no estarían obligados por la Constitución –al menos no en la forma en que lo están todos los demás, a saber, sujetos a control externo del resultado de su labor¹⁹⁶–. A lo sumo, como se ha dicho, su control se verificaría influenciando las interpretaciones judiciales de fondo, pero no el resultado de ese juicio como ocurre con la ley –en el caso del legislador– o del acto administrativo –en el de la administración.

193 Bordalí (2007), p. 48, afirma que es problemático, además, que en un sistema de estas características (dual) no sea posible la unidad con respecto a la interpretación constitucional.

194 Atria (2002) sugirió que esto se debía a la comprensión (inadecuada) de la Constitución en tanto norma jurídica y, por consiguiente, al especial tipo de desacuerdo que se verifica en derecho («manifestación de la justicia y la razón») vis-à-vis el desacuerdo político o gubernativo («de la pasión y el interés»).

195 Aunque, puede consultarse el trabajo de Silva (2012), quien afirma, analizando el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad, que éste ha sido una herramienta ineficaz a la hora de asegurar la supremacía constitucional. La de los tribunales ordinarios y, para lo que acá interesa, la de cualquier otro órgano. Vuelvo sobre estas sugerentes ideas hacia el final de este capítulo.

196 Aceptar estas diferentes formas de vinculación a los derechos fundamentales y a la Constitución, nos devuelve a la primera lectura.

4.2. ¿Particulares como destinatarios?

Como se señaló en la sección anterior (3), parte importante de la doctrina ve en el artículo 6º, inciso 2º de la Constitución la fuente del vínculo directo de las particulares a ella. Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, se afirma, se dirigen no solo contra el Estado (efecto vertical), sino que, además, contra toda otra persona (institución o grupo). Esta última relación se denomina en términos generales, como se dijo advirtiendo algunas variantes, efecto horizontal de los derechos fundamentales y asume la posibilidad de concebir a particulares como destinatarios de los derechos fundamentales. ¿Es esto efectivamente así?

Algunas voces han puesto en evidencia la brecha que existiría (o que existe) entre las declaraciones doctrinarias relativas al efecto horizontal de los derechos fundamentales, de una parte, y nuestra práctica constitucional, de otra¹⁹⁷. En efecto, si se miran con cuidado las instancias en que se afirma la existencia de un efecto horizontal de derechos fundamentales, se puede advertir que la vinculación entre derechos fundamentales y particulares es, más bien, mediata que directa¹⁹⁸. Es decir, se requiere de un acto autoritativo que desarrollando el contenido de los derechos fundamentales, y ya no sólo controlando que no se los limite (la misma práctica acá revisada permite sostener esto), vincule, ahora sí, directamente al particular. Así las cosas, ese particular queda vinculado *a derecho* en tanto destinatario de la ley¹⁹⁹. Para decirlo todavía de otro modo, se trata de una aplicación de derechos que tiene lugar en presencia de «previsiones normativas» específicas²⁰⁰.

197 Desde luego que estas voces no solo advierten la brecha práctica entre las declaraciones y la práctica constitucional, sino que, además, afirman los riesgos normativos de una comprensión tal. Al respecto, véanse Aldunate (2003) y Marshall (2010).

198 Marshall (2010), p. 65, habla de un espejismo.

199 Si bien es cierto que en materia laboral, como antes se indicó, existiría un mecanismo de eficacia procesal directa de derechos fundamentales con el que, además, los derechos fundamentales cobran vigor en las relaciones entre particulares, la verdad es que dicha regulación se encuentra establecida en la ley. Es decir, es en virtud de la ley y no por aplicación directa del artículo 6º que los derechos fundamentales encuentran en el particular un nuevo destinatario de quien exigir su contenido. Acá no estoy diciendo que allí no exista eficacia horizontal de derechos fundamentales entre particulares, sino, cosa distinta, que dicha eficacia ha sido operativizada por la ley.

200 Acá rescato en un sentido diverso la expresión a que recurriera el STC Rol N° 2626-14, cons. 23º, citado antes.

que así lo demandan, y no por una fuerza universal de la vinculación que establecería la Constitución.

¿Qué podría explicar, entonces, las afirmaciones de nuestra doctrina? Me parece que son varias las razones que explican la distancia entre las afirmaciones respecto de la Constitución y su fuerza vinculante para las particulares, por un lado, y lo que las autoridades que ella establece y las personas hacen (efectivamente) con ella, de otro²⁰¹.

En primer término, debe anotarse un acercamiento conceptual a la ley como fuente del derecho que ha sido decisivo para que parte importante de la doctrina prefiera obviarla. Una de las principales consecuencias (cuesta, acá, hablar de contribución) del neoconstitucionalismo, ha sido el desplazamiento de la ley como la fuente digna de determinación de los contornos de la libertad²⁰². Los derechos, en este orden de cosas, sólo pueden protegerse en la medida que se encuentren recogidos en las constituciones. Las constituciones, a su turno, gozando de fuerza normativa propia, no requieren de una ley que los operativice. ¿El resultado? La indignidad de la legislación²⁰³, a punto tal que la Constitución ha dejado de verse como decisión política que habilita el poder (necesario, justamente, para proteger los derechos)²⁰⁴ y ha pasado a concebirse como puro límite²⁰⁵.

Ahora bien, como se dijo al comienzo de este capítulo, una de las principales razones que alientan las declaraciones doctrinarias que afirman, sin pausa, que los particulares serían destinatarias de derechos fundamentales, es la forma amplia en que se presenta la redacción del artículo 6º, inciso 2º y la casi exclusiva atención que se presta a ese inciso, obviando el que lo sigue: que la «infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley». A ello se suma la escasa atención que se presta en nuestra dogmática constitucional y de

201 He tomado estas referencias de Sager (2004), p. 1, para quien la Constitución, sin más, es un «pedazo de papel». Lo que «hace interesante a una Constitución es lo que la gente hace con ella... el conjunto de tradiciones e instituciones que se han desarrollado a su amparo y que la hacen parte importante de nuestra vida política» y jurídica, agregaría para nuestra comunidad.

202 Aldunate (2003), pp. 27-33.

203 La idea, desde luego, está extensamente desarrollada en Waldron (1999).

204 Loughlin (2010), p. 286.

205 Pese a que el apogeo del neoconstitucionalismo, como digo, transforma a la Constitución en límite de la actividad legislativa, hay quienes reclaman que lo que el efecto horizontal de los derechos fundamentales imposibilita es, precisamente, que la Constitución siga siendo puro límite al poder –su sentido «original». Martínez (2008), pp. 63-64.

los derechos fundamentales –salvo algunas excepciones advertidas– a la estructura de los derechos fundamentales²⁰⁶.

Ahora bien, del hecho que una adecuada lectura del artículo 6º, inciso 2º reclame prestar atención al desarrollo legislativo de los derechos, no se sigue que los derechos fundamentales sean irrelevantes para los particulares. No son irrelevantes si las personas sostienen alguna concepción sobre la importancia de los derechos fundamentales para una comunidad política, la que no requiere, necesariamente, que estos sean justiciables ante un tribunal de justicia²⁰⁷. Una comprensión del artículo 6º, inciso 2º de la Constitución que no considere a los particulares como destinatarios de derechos fundamentales, no supone que ellos no sean alcanzados por normas jurídicas que desarrollen (protejan) esos derechos.

Bibliografía citada

ACCATINO, DANIELA, 2007: «La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena», en Andrés Bordalí (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: LexisNexis, 2da ed., pp. 17-29.

ALDUNATE, EDUARDO, 2003: «El efecto de irradiación de los derechos fundamentales», en Juan Carlos Ferrada (coord.), *La Constitucionalización del Derecho Chileno*. Santiago: Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-38.

_____. (2008): *Derechos Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing.

_____. (2009): «La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes chileno», en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, pp. 443-84.

206 En nuestra doctrina, en cambio, se suele confundir el objeto del derecho con aquel ámbito de libertad (el contenido) que el adecuado actuar del destinatario debe proteger (el contenido). El objeto del *derecho a la vida* no puede ser –afirma Figueroa (2008), p. 264– «la vida [...] es evidente que alguien puede perder su vida como realidad fenoménica (o soporte biológico, como lo llaman unos autores) sin que se haya vulnerado su derecho a la vida» (énfasis en el original). En sentido similar, pero con respecto al derecho a la salud, Figueroa (2013), pp. 302-307.

207 Tushnet (1999), p. 166, por caso, afirma que los derechos fundamentales son importantes para la comprensión de varias comunidades minoritarias, no cabe duda. Pero eliminar la justiciabilidad de esos derechos, o pensar en alternativas a ella, «no nos priva del lenguaje de los derechos constitucionales» con el que podemos seguir honrado –quizá con mayor vigor– a los héroes que lucharon por su reconocimiento».

- _____. (2010): «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo», en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXIII, N° 1, pp. 79-102.
- ALEXANDER, LARRY y FREDERICK SCHAUER, 1997: «On Extrajudicial Constitutional Interpretation», en *Harvard Law Review*, Vol. 110, N°7, pp. 1359-1387.
- ALEXY, ROBERT, 2002: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 3ª reimp.
- _____. (2005): «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2da ed., pp. 31-47.
- APARECIO, MARCO y GERARDO PISARELLO, 2008: «Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas», en: Bonet, Jordi; Bonet Sánchez, Víctor (dirs.), *Los Derechos Humanos en el S. XXI: continuidad y cambios*. Barcelona: Huygens Ed., pp. 139-162.
- ATRIA, FERNANDO, 2000: «Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha», en *Revista Estudios Públicos*, N° 79, invierno, pp. 347-402.
- _____. (2002): «¿Qué desacuerdos valen? La respuesta legalista», en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 8, N° 1, pp. 419-427.
- _____. (2013): *La Constitución Tramposa*. Santiago: LOM ediciones.
- _____. (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM ediciones.
- Bayón, JUAN CARLOS, 2005: «Derechos, democracia y Constitución», en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2da ed., pp. 211-38.
- BORDALÍ, ANDRÉS, (2011): «El Recurso de Protección Chileno al Banquillo», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (Vol. V, No. 27), pp. 56-71.
- _____. (2007): «La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de Justicia Constitucional», en Andrés Bordalí (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: LexisNexis, 2da ed., pp. 33-65.
- _____. (2011): Bordalí,
- _____. (2015): «El poder judicial», en Jaime Bassa, et al. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM ediciones, pp. 233-252.
- BULNES, LUZ, 1998: «La fuerza normativa de la Constitución», en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 137-142.
- CARBONELL, MIGUEL, 2010: «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», en Miguel Carbonell y Leonardo García (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta-UNAM, pp. 153-164.

- CAZOR, KAMEL y RODRIGO PICA, 2009: «Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?», en *Nomos*, N° 3, pp. 13-39.
- CEA, JOSÉ LUIS, 1988: *Tratado de la Constitución de 1980: Características generales, garantías constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica.
- _____. (1999): *El Sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Santiago: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad Austral de Chile.
- _____. (2000): «La Constitución de 1980 veinte años después», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XI, pp. 127-139.
- _____. (2002): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I. Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2da. Ed.
- _____. (2004): «Sobre el Estado constitucional de Derecho como paradigma jurídico», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVI, pp. 299-310.
- _____. (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2da Ed.
- COMANDUCCI, PAOLO (2002): «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en *Isonomía*, N° 16, pp. 89-112.
- CORDERO, LUIS, 2009: *El Control de la Administración del Estado*. Santiago: Legal Publishing.
- _____. (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORREA, RODRIGO, 2005: «Vulgarización por constitucionalización», en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 161-175.
- DE OTTO, IGNACIO, 2008: *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel 11ª imp.
- FAYT, CARLOS, 1988: *Derecho Político*, Tomo II. Buenos Aires: Depalma.
- FERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL, 2001: «La fuerza normativa de la Constitución», en *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp. 77-102.
- FERRADA, JUAN CARLOS, 2004: *Los derechos fundamentales y el control constitucional*, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, pp. 113-137.
- FERRAJOLI, LUIGI, 2001: «Derechos fundamentales», en Luigi Ferrajoli, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 19-56.
- _____. (2002): *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 3ra ed.
- _____. (2005): «Pasado y futuro del Estado de derecho», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta 2da ed., pp. 13-29.
- FIGUEROA, RODOLFO, 2008: «Concepto de derecho a la vida», en *Revista Ius et Praxis*, año 14, N°1, pp. 261-300.

- _____. (2013): «El derecho a la salud», en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, pp. 283-332.
- _____. (2014): *Privacidad*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales
- FIORAVANTI, MAURIZIO, 2007: *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 1ª reimp.
- FISCH, WILLIAM y RICHARD KAY, 1998: «The Constitutionalization of Law in the United States», en *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol. 46, pp. 437-462.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, 1985: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 3ra ed.
- GARDBAUM, STEPHEN, 2012: «The Place of Constitutional Law in the Legal System», en Michel Rosenfeld y András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 169-185.
- GÓMEZ, GASTÓN, 2005: *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- _____. (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*. Santiago: Editorial Universidad Diego Portales.
- HART, H.L.A., 1994: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2da Ed.
- HIRSCHL, RAN, 2004: *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- HOHFELD, WESLEY N., 1913: «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», en *Yale Law Journal*, Vol. 23, pp. 16-59.
- HUEPE, FABIÁN, 2010: «La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance», en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 227-228, año LXXVIII, pp. 169-205.
- JANA, ANDRÉS y JUAN CARLOS MARÍN, 1996: *Recurso de Protección y Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LOUGHLIN, MARTIN, 2010: *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LOVERA, DOMINGO, 2005: «Notas sobre el control de constitucionalidad de las sentencias y el recurso de nulidad», en *Gaceta Jurídica*, N° 305, Nov., pp. 24-39.
- _____. (2011): «El TC y las Isapres: a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980», en Pablo Marshall (ed.), *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico*. Santiago: Legal Publishing, pp. 101-128.

- MARSHALL, PABLO, 2010: «El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución», en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, pp. 43-78.
- MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO, 1998: «Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos», en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 59-64.
- MOSQUERA, MARIO y CRISTIÁN MATURANA, 2010: *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- NAVARRO, ENRIQUE, 2012: «Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República», en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, N° 2, pp. 431-446.
- _____. (2012b): «35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa», en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, pp. 617-642.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 1994: «Bases de la Institucionalidad», en Verdugo, Mario et al. *Derecho Constitucional*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. (2003): *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ra Ed.
- _____. (2003b): «Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia», en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, N° 1, pp. 403-466.
- _____. (2006): «La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante», en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 1, pp. 97-124.
- _____. (2007): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. Santiago: Librotecnia.
- _____. (2007b): «El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano», [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-00122007000100005&lng=es&tlng=es>.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, 1992: *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- NÚÑEZ, JOSÉ IGNACIO, 2015: «¿Neo?-constitucionalismo», en *Revista Boliv. de Derecho*, N° 19, pp. 508-519.
- NÚÑEZ, MANUEL, 2001: «Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, pp. 200-208.

- _____. (2010): «El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV, pp. 523-541.
- _____. (2011): «La Constitución frente a la ley del contrato. Inconstitucionalidad e inaplicabilidades sobrevinientes en el caso ISAPRES», en *Sentencias Destacadas 2010*, pp. 51-65.
- _____. (2012): «Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad», en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, N° 2, pp. 191-236.
- PECES-BARBA, GREGORIO, 1979: «Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución», en *RFDUC*, N° 2, pp. 39-50.
- PEÑA, CARLOS 1996: *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- PICA, RODRIGO, 2013: «Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales», en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, N° 1, pp. 193-228.
- RUÍZ-TAGLE, PABLO, 2005: «La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales», en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 151-159.
- SAGER, LAWRENCE G., 2004: *Justice in Plainclothes: A theory of American constitutional practice*. New Haven: Yale University Press.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, 1997a: *Tratado de Derecho Constitucional. Principios. Estado. Gobierno*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª Ed.
- _____. (1997b): *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad, ciudadanía. Justicia Electoral*, Tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.
- SILVA, LUIS ALEJANDRO, 2010: «Las garantías judiciales de los derechos fundamentales como garantías de legalidad», en CAZOR, Kamel y SALAS, Carolina (eds.), *Estudios Constitucionales*. Santiago: Librotecnia, pp. 483-95.
- _____. (2011): «Supremacía constitucional y tutela laboral», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, N° 1, pp. 31-48.
- _____. (2012): «¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?», en *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, Vol. XXXVIII, pp. 573-616.
- _____. (2014): «La dimensión legal de la interpretación constitucional», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 2, pp. 437-471.

- SOTO KLOSS, EDUARDO 1982: *Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tribunal Constitucional, 2015: «*Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*». *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N° 59, Santiago, Tribunal Constitucional.
- TUSHNET, MARK, 1999: *Taking the Constitution away from Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- UGARTE, JOSÉ LUIS, 2007: «La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro», en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XX, N° 2, pp. 49-67.
- VERDUGO, MARIO y EMILIO PFEFFER, 1994: «De los derechos y deberes constitucionales (Capítulo III, artículos 19 a 23)», en VERDUGO, Mario et al. *Derecho Constitucional*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 185-343.
- VIERA, CHRISTIAN, 2015: «La libre iniciativa económica», en Jaime Bassa et al. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM ediciones, pp. 213-232.
- VIVANCO, ÁNGELA, 2007: *Curso de Derecho Constitucional: Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo I. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed.
- WALDRON, JEREMY, 1999: *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. (2009): «Who needs Rules of Recognition?», en Matthew Adler y Kenneth Einar Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford - Nueva York, Oxford University Press, pp. 327-350.
- ZAPATA, PATRICIO, 2008: *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ZÚÑIGA, FRANCISCO, 2010: «La relación Tribunal Constitucional - tribunales de fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción», en *Anuario de Derecho Público UDP 2010*, Santiago, pp. 370-428.

Capítulo VI:

Límites y restricciones a los derechos fundamentales

Constanza Salgado*

1. Introducción

1.1. Planteamiento del problema

La afirmación de que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados es ya un lugar común en la jurisprudencia y la doctrina. Esto implica afirmar que los derechos tienen límites, admiten restricciones y han de ser configurados y regulados legislativamente¹. La mayoría de las constituciones señalan, expresamente, de manera particular o general, que los derechos y libertades tienen límites y que pueden ser restringidos lícitamente. Porque la violación de un derecho fundamental es algo muy diferente al establecimiento de ciertos límites, restricciones o regulaciones. Por eso, cuando tratamos los límites de los derechos o sus restricciones estamos tratando de decisiones autoritativas legítimas, es decir, decisiones admitidas por la Constitución.

A grandes rasgos, el argumento general que justifica la existencia de restricciones es que éstas son necesarias para conciliar el ejercicio de cada derecho con el ejercicio de los derechos de los demás, con otros bienes constitucionales y con fines lícitos que pueda perseguir el Estado en pos del interés general.

El tema que este capítulo engloba es complejo, no solo por su contenido sino también por el déficit de sistematización². Sin embargo, se trata

* Magíster en Derecho Regulatorio y Tributario, Universidad Católica. Profesora de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.

1 El tema de los límites de los derechos y las restricciones a los mismos tiene estrecha vinculación con el principio de proporcionalidad, el contenido esencial y la regulación legal de los derechos. Para profundizar en estos temas véanse los capítulos VIII, IX y VII, respectivamente.

2 Como señala Alexy, «a pesar de muchos esfuerzos que han conducido a numerosas e importantes conclusiones, no puede decirse que exista ya una

de un tema crucial en el estudio de los derechos constitucionales. La razón es que una vez que se entiende la estructura y el sentido de los derechos fundamentales, es el momento de observar hasta dónde llega su protección (delimitación), qué restricciones son admisibles y cuál es el espacio que la Constitución deja para su configuración legislativa. Este momento muchas veces se encuentra implícito en nuestro análisis, en el sentido de que las cuestiones constitucionales más acuciantes son precisamente situaciones en que ha de determinarse cuándo es que alguna regla legislativa restringe, configura o delimita un derecho o libertad injustificadamente o, por el contrario, lo hace dentro del margen que la Constitución admite. La idea, entonces, es hacer explícito lo que de alguna forma está implícitamente entendido en el estudio y la práctica constitucional. El aporte de este capítulo es además clasificatorio y sistematizador; el objetivo se cumple si es que sirve para entender el tipo de margen que el legislador tiene para restringir, configurar o delimitar un derecho o libertad lícitamente.

1.2. ¿Los derechos como derechos absolutos e ilimitados?

Ahora bien, afirmar que todos los derechos admiten restricciones (lícitas) no deja de ser complejo, toda vez que cabe preguntarse si dichas restricciones no cuestionan el carácter mismo de lo que es un «derecho garantizado constitucionalmente». Como señala Prieto Sanchís, si con la afirmación de que los derechos admiten restricciones «se quiere indicar que al amparo de los derechos sus titulares no puedan hacer lo que les venga en gana, la afirmación es obvia. En cambio, si se pretende sostener que aquellos derechos que la Constitución nos reconoce pueden ser cercenados por el legislador, la cosa ya no resulta tan clara»³.

Por eso, hay que proceder con cuidado y clarificar cuál es el sentido de la común afirmación de que los derechos no son ilimitados ni absolutos. Para esto, es importante entender qué quiere decir la afirmación contraria, es decir, la afirmación de que lo son. En primer lugar, la afirmación de que los derechos son ilimitados o absolutos puede querer decir que autorizan cualquier conducta por parte de su titular ya que cada titular de un derecho tiene la potestad discrecional para decidir siempre y en todo caso cuándo, cómo y con qué fin ejercerlo. En segundo lugar, la

sistemática satisfactoria de las restricciones. Una razón para que ello sea así puede ser el hecho de que hasta ahora se ha renunciado a una fundamentación teórico-estructural de la teoría de las restricciones» (Alexy, 2008, p. 248).

3 Prieto Sanchís (1990), p. 62.

afirmación puede querer decir algo completamente distinto, a saber, que la razón por la cual los derechos no pueden ser restringidos radica en que en la Constitución aparecen ya delimitados y dentro de este círculo delimitado no cabría restricción alguna. Desde esta perspectiva, los casos que suelen ser entendidos como restricciones «justificadas» no son sino casos en que la ley no alcanza a traspasar el círculo que determina los límites del derecho.

El primer sentido de la afirmación es utilizado mayormente por el lego⁴. El segundo sentido, en cambio, deriva de una comprensión teórica acerca de los derechos y de la actuación legislativa. En efecto, existen dos grandes formas de entender lo que el legislador (a través de la ley) hace cuando delimita, restringe o configura un derecho o una libertad. La primera forma, que la doctrina denomina «teoría interna», entiende que los derechos y libertades aparecen en la Constitución con un contenido ya delimitado y definitivo, y que por eso la ley nunca puede restringirlos. La teoría contraria o «externa» entiende que los derechos son principios que, dado su amplio alcance, siempre están expuestos a ponderación, es decir, a verse restringidos por otros principios o bienes. Como se hará más evidente en las próximas secciones, el sentido de la afirmación de que los derechos son absolutos e ilimitados es coherente con la comprensión que la teoría interna tiene de los derechos y de la actividad legislativa relativa a ellos.

1.2.1. ¿HAY DERECHOS ABSOLUTOS?

Se podría afirmar que la mayoría de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados admiten restricciones, pero que, no obstante, habría algunos derechos y algunas libertades que no la admiten bajo ninguna circunstancia. En Chile, el profesor Humberto Nogueira adhiere a esta idea ecléctica de derechos absolutos y derechos no absolutos señalando que «hay pocos derechos en la práctica de carácter absoluto, los derechos que tienen un carácter absoluto son el de no ser torturado, vale decir, sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 19, núm. 1 de la Constitución); el de no ser sometido a esclavitud y el de no ser discriminado (artículo 19, núm. 2)»⁵. Por su parte Robert Alexy, preguntándose acerca de la plausibilidad de dicha hipótesis (ecléctica, en la que conviven derechos absolutos y limitados),

4 Glendon (1998).

5 Nogueira (2003), pp. 252-253.

señala que «podría pensarse que la Ley Fundamental establece, por lo menos, un principio absoluto, y referirse como fundamentación al artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF: “La dignidad de la persona es intangible”»⁶. Como señala Alexy, efectivamente dicha disposición de la sensación de absolutidad, al igual que como sucede en los casos de la prohibición de la tortura que consagran los tratados internacionales, la prohibición de la esclavitud (art. 19 N° 2 CPR), el derecho a no auto-incriminarse respecto de un delito (art. 19 N° 7, letra f) CPR) o la libertad de expresión sin censura previa (art. 19 N° 12 CPR).

Sin embargo, no es que en esos casos nos enfrentemos a derechos absolutos, sino que lo que sucede es que se trata derechos que en algunos de sus aspectos operan como reglas, no como principios. Que operen como reglas significa que no admiten ponderación o, en otras palabras, que no pueden dejar de ser aplicados cuando concurren las circunstancias contenidas en la regla. En este mismo sentido, para Alexy, la razón de la impresión de absolutidad de esta disposición «no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio»⁷.

Por supuesto, el que operen como reglas no significa que su aplicación sea automática, es decir, que no requieran de interpretación. Por el contrario, la actividad interpretativa siempre es necesaria para entender el sentido de la regla y su ámbito de aplicación. Respecto a este punto aparecen dos ejemplos relevantes. En primer lugar, la disposición contenida en el inciso 1° del artículo 19 N° 12, que establece «La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio», ha sido entendida como regla, pero de dos maneras distintas. De acuerdo a la primera, incorrectamente, alguna jurisprudencia ha entendido que la prohibición de censura previa se refiere a órganos administrativos, mas no a los tribunales, quienes siempre podrían censurar si en el caso particular se atenta contra el derecho al honor o la privacidad. Sin embargo, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia hoy mayoritaria, la cláusula de la prohibición de censura previa se ha entendido como una que prohíbe la censura respecto de todo tipo de órgano (sea legislativo, administrativo o incluso judicial)⁸. Otro buen ejemplo es el caso de la

6 Alexy (2008), p. 87.

7 Ibid., p. 87.

8 Una perspectiva amplia de la censura previa se encuentra, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «La Última

disposición jurídica contenida en el art. 19 N° 7, letra f), que establece que «en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio». Esta disposición ha operado como regla: el imputado siempre puede guardar silencio y no está obligado a prestar declaración, bajo ninguna circunstancia. Así lo reconoce el Código Procesal Penal, que concretiza a nivel legal dicha regla⁹. El Tribunal Constitucional, interpretando correctamente la extensión de dicha regla, ha declarado que la misma no se aplica a los procedimientos administrativos de carácter sancionador¹⁰. Esto significa que en dichos procedimientos el inculcado puede ser obligado a declarar o a «absolver posiciones». Como se ve, que una cláusula o disposición constitucional opere como regla no quiere decir que los operadores jurídicos no puedan interpretar su alcance o su ámbito de aplicación, decidiendo de esta forma si corresponde o no su aplicación.

1.2.2. DERECHO A LA VIDA

Ahora bien, ¿qué ocurre con el caso del derecho a la vida (art. 19 N° 1)? La mejor reconstrucción del sentido de la afirmación de que el derecho a la vida es un derecho absoluto es la que afirma que, como deber correlativo, existe una *prohibición (o un deber de abstención) de carácter absoluto de dar muerte a otro*.

Sin embargo, el propio texto constitucional admite una notable excepción a este carácter absoluto, al disponer expresamente que el legislador podrá contemplar la pena de muerte como sanción. Por otra parte, la prohibición absoluta de dar muerte a otro que se seguiría del derecho a la vida, no excluiría tampoco la procedencia de la legítima defensa con resultado de muerte.

Por eso, lo que quiere señalarse con la característica de absolutidad del derecho a la vida es la *ausencia de toda ponderación a su respecto*; como señala Antonio Bascuñán, «el “carácter absoluto” de la prohibición de atacar contra la vida implica la inconstitucionalidad de la relativización de la vida en el contexto de un juicio de ponderación, para el caso de un conflicto de intereses»¹¹.

Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros v. Chile), sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 73, de 5 de febrero de 2001.

9 Artículo 93, letra g) del Código Procesal Penal.

10 STC Rol N° 2381-12.

11 Bascuñán (2009), p. 10. Así, esta prohibición de ponderación excluye incluso la ponderación entre vida versus vida, es decir, «incluso en caso de conflicto

1.3. Reconocimiento normativo

La Constitución chilena no cuenta con una explícita sistematización de las restricciones a los derechos, de los límites de los mismos ni del tipo de margen que el legislador tiene para su configuración. Sin embargo, la mayoría de las constituciones contienen, usualmente de manera fragmentada, una serie de cláusulas que expresamente se refieren directa o indirectamente a los límites y restricciones¹².

La diversidad de cláusulas a este respecto es amplia. Algunas fijan de manera general y explícita los límites de los derechos que consagran. La Constitución alemana, por ejemplo, contiene una cláusula general de límites en su artículo 2.1, la cual establece que «cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional o a la ley moral». Como se observa, esta disposición constitucional no hace sino declarar de manera expresa los límites implícitos de cada derecho, o, en otras palabras, sus contornos.

Otras constituciones contienen cláusulas de limitación general aplicables a todos los derechos. La construcción de estas cláusulas es también variada. La Constitución española, por ejemplo, establece, en su artículo 53, párrafo 1, una habilitación genérica a la ley para que regule el ejercicio de todos los derechos: «*Sólo por ley*, que en todo caso deberá *respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». De esta forma, a través de

.....

vida vs. vida, la acción de destrucción de una vida como medio para salvar otra vida nunca podrá encontrarse amparada por una causa de justificación» (p. 11). En este sentido, hace casi una década (2006) el Tribunal Constitucional federal alemán declaró inconstitucional el artículo 14 de la Ley de Seguridad Aérea alemana (Luftsicherheitsgesetz/ LuftSiG) que, básicamente, autorizaba a derribar aviones de pasajeros en caso de que estos hubiesen sido abordados por terroristas y pusieran en peligro la vida de la población civil. Varios argumentos propugnaron la declaración de inconstitucionalidad (tanto argumentos competenciales como de fondo). Uno de ellos fue el argumento de la inviolabilidad de la dignidad humana: si se permite derribar un avión con personas inocentes, la dignidad que les corresponde como personas se ve lesionada, ya que se las trata como simples objetos con los cuales proteger a otras personas.

- 12 No sólo las constituciones sino que también una serie de tratados de derechos humanos, como por ejemplo: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29.2); la Convención Europea de Derechos Humanos (arts. 8.2, 9.2, 10.2, 11.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 32.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 12.3, 14.1, 19.3, 22.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 4).

esta disposición constitucional, la constitución de España establece una habilitación genérica a la ley para que regule el ejercicio de todos los derechos constitucionales¹³. Con una construcción completamente distinta, el artículo 36 de la Constitución sudafricana establece tanto orientaciones generales como criterios más concretos que han de tener las restricciones y limitaciones a los derechos, señalando así que «Los derechos establecidos en la Constitución pueden limitarse sólo en términos de una ley de aplicación general y en la medida en que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, teniendo en cuenta toda la información relevante, incluyendo: a. la naturaleza del derecho; b. la importancia de la finalidad de la limitación; c. la naturaleza y extensión de la limitación; d. la relación entre la limitación y su propósito; y d. medios menos restrictivos para lograr el propósito». De manera más breve, en cambio, la Constitución canadiense solamente hace referencia abierta a la razonabilidad de la limitación en el contexto de una sociedad libre y democrática, señalando en su artículo 1 que «La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma, sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática»¹⁴.

En vez de cláusulas generales, otras constituciones establecen en cada una de las disposiciones que consagran derechos fundamentales cláusulas que habilitan al legislador para que los limite, restrinja, desarrolle, configure o compatibilice. Así por ejemplo sucede con el artículo 14.1 de la Constitución alemana, que declara que garantiza la propiedad y el derecho de herencia pero «con el contenido y las limitaciones que la ley determine»; con el artículo 8.2., que luego de garantizar el derecho a reunión, establece explícitamente que puede ser restringido por una ley cuando se trata de reuniones al aire libre; con el artículo 10.2., que luego de declarar que el secreto epistolar, postal y de las telecomunicaciones son inviolables señala que «las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley».

La Constitución chilena no establece una cláusula de habilitación general para que el legislador regule, configure, limite o restrinja los derechos que consagra. Por el contrario, el artículo 19 N° 26 establece que

13 A diferencia del artículo 53 antes referido, la Constitución alemana no establece una habilitación genérica en favor de la ley.

14 Casi idéntica disposición consagra el artículo 5° de la Constitución neozelandesa.

esta habilitación sólo procede por mandato de la Constitución no cuando ella lo autoriza. En efecto, de acuerdo al artículo 19 N° 26, «la seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio». Como se observa, esta es una disposición que si bien no habilita de manera general a la ley, sin embargo, reconoce expresamente que el legislador puede regular, limitar e incluso complementar los derechos cuando la Constitución lo llama. Sin embargo, esta disposición a la vez afirma que la ley no puede hacerlo de cualquier forma, sino que respetando el contenido esencial del derecho¹⁵, tal como lo establecen las Constituciones alemana y española, pero agregando a continuación una nueva exigencia toda vez que la ley tampoco puede establecer «condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio»¹⁶. Ahora bien, pese a la inexistencia de habilitación legal genérica, y con excepción de unos pocos casos¹⁷, cada uno de los derechos consagrados en la Constitución llama siempre exclusivamente a la ley y de manera expresa para que los complemente, configure, restrinja, regule o limite¹⁸.

1.4. Precisiones terminológicas

En general, ni la doctrina chilena ni la comparada es sistemática en el uso de los términos «delimitación», «configuración», «limitación», «límites» o «restricción». Tampoco lo es la Constitución. En efecto, nuestra Constitución en sus distintas disposiciones reconoce expresa, mas no sistemáticamente, todas estas posibilidades. Respecto a este punto, el profesor Eduardo Aldunate reconoce que «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,

15 Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, véase el Capítulo IX.

16 En general, esta es una disposición reconocidamente oscura, en la medida en que descansa en una distinción difícil de hacer entre restringir un derecho y afectarlo en su esencia, entre regular su ejercicio e «impedir su libre ejercicio».

17 Mientras el artículo 19 N° 4 es silencioso respecto a algún tipo de regulación legal o reglamentaria, los artículos 19 N° 3 inciso 2° (derecho a defensa de uniformados en procesos disciplinarios), 19 N° 6 inciso 1° (libertad de conciencia y construcción de templos) y 19 N° 13 (derecho a reunión) no llaman a la ley a regular su ejercicio, sino que directamente a la potestad reglamentaria.

18 Esto excluye la potestad reglamentaria autónoma pero no la potestad reglamentaria de ejecución. Sobre el punto, véase el Capítulo VII.

limitaciones y restricciones»¹⁹, por lo que es necesario, como este mismo autor señala, un «tratamiento muy prolijo a fin de evitar la pérdida de la función normativa que cumplen en el respectivo ámbito normativo de cada derecho»²⁰. Eso es lo que se pretende lograr en este capítulo. Esta sección intenta darles un contenido preliminar a las expresiones antes referidas²¹.

La *delimitación* de un derecho consiste en precisar el contenido protegido por el derecho. La idea de *límites* es la de determinación de los contornos de los derechos. En efecto, «según la doctrina prevaleciente, toda facultad o condición 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»²². Así, usualmente la doctrina señala que la libertad de expresión no ampara, necesariamente, al que la usa para injuriar o para llamar a la violencia contra grupos minoritarios, o que el derecho a reunión no ampara reuniones que no tienen fines pacíficos. También, por ejemplo, sería parte del contenido de la libertad de conciencia, es decir, un límite interno a esta libertad, el que su manifestación y ejercicio no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público (art. 19 N° 6 CPR).

Por el contrario, *restringir* un derecho implica reducir el ámbito de su ejercicio, en principio, por consideraciones externas, ya sea para conciliarlo con otros derechos, con bienes jurídicos protegidos constitucionalmente o con intereses estatales apremiantes. Se trata, en todo caso, de restricciones admitidas explícita o implícitamente por la Constitución. Así, si bien la Constitución garantiza la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, a continuación señala que el legislador podrá autorizar el allanamiento del hogar y la intercepción de las comunicaciones y documentos privados. Un ejemplo de restricción legal a la inviolabilidad de las comunicaciones es la establecida en el artículo 218 del Código Procesal Penal, restricción que se justifica en el interés estatal (que, en ciertos casos, se vuelve apremiante) en la eficacia de la acción penal²³.

19 Aldunate (2008), p. 242.

20 Ibid., p. 243.

21 Se trata de un contenido preliminar, porque después puede dicho contenido ser cuestionado a la luz de la teoría que se asuma sobre los límites.

22 Aldunate (2008), p. 232.

23 Un ejemplo es el artículo 218 del Código Procesal Penal, que regula la retención e incautación de la correspondencia, lo cual siempre requiere de una autorización judicial previa.

Por su parte, la *configuración* de un derecho es el espacio que tiene el legislador para establecer la institucionalidad necesaria para ejercerlo²⁴. La configuración legislativa de un derecho se suele distinguir de su restricción porque cuando se trata de lo primero, no se entiende que el legislador esté restringiendo el derecho, sino que le está dando forma concreta, a nivel legal, para que el titular pueda ejercerlo. Así, el legislador configura el sistema sanitario para que las personas puedan acceder a prestaciones sanitarias que les permitan ver protegida su salud, tal como garantiza el artículo 19 N° 9 de la Constitución.

En otros casos la Constitución llama al legislador a *regular* el ejercicio de algunos derechos, es decir, indicar las modalidades de su ejercicio²⁵. En algunos casos, el término regulación se utiliza como un término marco que engloba todos los términos anteriores²⁶. En un sentido amplio del término, todos los derechos y libertades admiten (y exigen) la regulación de su ejercicio. En un sentido más estricto, el término regulación es especialmente aplicable a los casos de la libertad en general o de libertades más específicas²⁷.

Finalmente, están los casos de *privación* de derechos, es decir, los casos en que se niega un derecho a su titular. Sin embargo, desde una perspectiva normativa, ni la Constitución ni la ley deberían privar a un titular de sus derechos. Por eso, de alguna forma, el lenguaje de la privación es el lenguaje de la denuncia. Si la Constitución o la ley priva a una persona de sus derechos, lo que ocurre es que está actuando, en alguna medida, de manera ilegítima. Ahora bien, una manera de justificar las privaciones es entenderlas como sanciones. Nuestra Constitución admite casos de privaciones que la propia Constitución o bien entiende como sanciones o bien han sido reconstruidos como casos de sanción. Así, por ejemplo, la Constitución priva a las personas del derecho de sufragio (y, en estricto rigor de su calidad de ciudadano) en casos de condena a pena aflictiva o respecto a la comisión de ciertos delitos (art. 17 CPR).

24 Esto, como veremos, no significa que el legislador no tenga límites en su labor configuradora. Lo que sí, es que en principio el legislador tiene un margen para configurar los derechos que no necesariamente y en todos los casos conlleva restricciones a los mismos.

25 Aldunate (2008), p. 248.

26 Véase Nogueira (2005).

27 Esta comprensión del término se subentiende de la clasificación que Aldunate hace de los casos que requieren de regulación. Aldunate (2008), p. 248.

Por supuesto, los términos antes explicados deben distinguirse de los casos de violación de los derechos. La diferencia radica en que la violación de un derecho es una restricción o privación no admitida por la Constitución, y de esta forma constituye una actuación ilícita.

Ahora bien, pareciera que las explicaciones anteriores dejan claras las diferentes formas en que la Constitución y el legislador pueden actuar sobre los derechos. Las dificultades aparecen, sin embargo, inmediatamente después, cuando se constata lo difícil que es distinguir normas legales conformadoras de derechos y normas legales restrictivas de los mismos, o distinguir normas que lo que hacen es restringir derechos de normas que los delimitan. Así, por ejemplo, se podría entender que la ley que configura el ejercicio de la libertad de enseñanza, al hacerlo, restringe a la vez su contenido: para algunos, cuando el legislador configura la libertad de enseñanza estableciendo reglas que prohíben a los establecimientos educativos lucrar (si es que quieren acceder a subvenciones educativas), inevitablemente está restringiéndola.

Finalmente, es importante resaltar que la falta de sistematicidad en el uso de los términos «delimitación», «configuración», «limitación», «límites» o «restricción» no se debe a pura falta de acuerdo semántico. Tras estos términos subyacen distintas teorías sobre el tipo de normas que los derechos son y sobre la posición del legislador frente a los mismos. Dependiendo de qué teoría se adopte, se puede entender que todo acto de restricción es en principio un acto de delimitación de derechos (o en otras palabras, de límites que surgen desde los propios derechos), o bien que todo acto de configuración de derechos o de delimitación de su contenido debe entenderse siempre como un caso de restricción. La comprensión de lo que el legislador haga en cada caso dependerá, de esta forma, de cuál es la teoría de los derechos que le subyace.

Por esta razón, hacer una teoría y una dogmática de los límites y restricciones se enfrenta con la dificultad del desacuerdo teórico que veremos a continuación.

2. La teoría externa y la teoría interna

2.1. Teoría externa y teoría interna de los límites

2.1.1. LA TEORÍA EXTERNA PROPUESTA POR ALEXY²⁸

Como se señaló en la sección 1.2., existen, básicamente, dos grandes formas de entender lo que el legislador (a través de la ley) hace cuando delimita, restringe o configura un derecho o una libertad. Estas dos formas se han estructurado como dos teorías, denominadas «teoría externa» y «teoría interna»²⁹.

Para la teoría externa, *los derechos han de entenderse de la manera más amplia posible*, por lo que toda ley, lícitamente, puede restringir su contenido. De esta forma, es normal que las leyes restrinjan derechos en la medida en que estos, tal como están consagrados en la Constitución, tienen un sentido amplio que no se encuentra delimitado en sus contornos. El carácter externo que su nombre indica se debe, según Robert Alexy, el principal promotor de esta teoría, al hecho de que «no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos»³⁰. La restricción, de esta forma, se encuentra conceptualmente separada del derecho: si han de haber restricciones a los derechos, esto se debe no a la especificación de su contenido, sino más bien a consideraciones externas que compelen al legislador a restringirlos. Así planteada la relación entre derecho y restricción, tanto la delimitación de un derecho como la configuración legislativa del mismo han de ser entendidas como casos de restricción.

Por esta razón, para la teoría externa, una ley que tipifica como delito los actos de injurias o calumnias o los discursos de odio es una ley que derechamente restringe la libertad de expresión, toda vez que dicha libertad ampara, en principio, todo acto de expresión sin importar cuál

28 Cabe señalar que Martín Borowski comparte en todo la teoría de Alexy en cuanto a las restricciones. La explicación de Borowski puede encontrarse en Borowski (2000).

29 En general, se habla de teoría interna en singular, para hacer referencia a los términos comunes que comparten las distintas teorías internas. Según Carlos Bernal, el nombre apropiado para hacer referencia a este grupo de concepciones sería el de teorías del contenido reducido de los derechos fundamentales. Bernal Pulido (2003).

30 Alexy (2008), p. 240.

sea su contenido. Así, es por consideraciones externas a la libertad de expresión, como lo es el derecho al honor o la protección de la igualdad, que esta libertad se debe restringir. Ahora bien, si esta es la posición de la restricción, es evidente cuál es el método que ha de utilizarse para determinar cuándo es o no «justificada»: se trata del principio de proporcionalidad³¹.

Una comprensión totalmente distinta de los derechos y de la actividad legislativa es la que supone la teoría interna. La «teoría interna» entiende que los derechos y libertades aparecen ya en la Constitución con un contenido delimitado, respecto del cual no cabe restricción alguna. Esto significa que la ley, o bien restringe el contenido de un derecho, y por tanto es inconstitucional, o bien no alcanza a traspasar sus contornos, y por tanto, el legislador tiene un margen para legislar que no está limitado por derechos. Esta teoría se denomina interna porque postula que lo que parecen lícitas restricciones que provienen desde el exterior, no son sino casos de delimitación o demarcación de los contornos de lo que el derecho garantiza. De esta forma, lo que el derecho protege es algo que está limitado internamente. Para la teoría interna, entonces, toda limitación o restricción es, o bien un acto de delimitación, o un bien un acto que invade el contenido protegido por el derecho y, por tanto, un acto prohibido.

Esta comprensión supone reconocer en la teoría interna un espacio interpretativo importante, es decir, un espacio para argumentar que lo que parece una restricción realmente no lo es, porque interpretando el derecho en cuestión es posible entender que éste no protege el ámbito en que la ley interviene. Así, utilizando el mismo ejemplo anterior, para la teoría interna, la ley que tipifica como delito los actos de injurias y calumnias o los discursos de odio, es una ley que no restringe la libertad de expresión porque dicha libertad no protege tales expresiones de agravio. Para esta teoría, entonces, no cabe aplicar el principio de proporcionalidad, sino más bien interpretar el derecho con el objeto de determinar su contenido y su extensión. Por eso, como señala Ignacio de Otto, «el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o 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 el que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos»³².

31 Sobre el principio de proporcionalidad véase en extenso el Capítulo VIII.

32 De Otto (1988), p. 135.

Por supuesto, las disputas entre la teoría interna y la externa por la correcta comprensión de los derechos y sus límites o restricciones no son, en modo alguno, una disputa meramente conceptual. El propio Alexy reconoce que «quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa, y aquél a quien le interese la posición de miembro o membrecía en una comunidad tenderá a la teoría interna»³³. La razón que subyace a esta afirmación, que Alexy no desarrolla con mayor profundidad, radica en que una teoría externa como la suya es una teoría que se funda en el conflicto, en la colisión. En un nivel menos general que el anterior, puede sostenerse también que a las distintas teorías subyace una distinta comprensión acerca del control constitucional: por lo general la teoría externa va de la mano con un control constitucional fuerte, mientras que la interna aboga por uno de tipo más débil.

Ambas teorías se han planteado como teorías mutuamente excluyentes. Por supuesto, en los términos que han sido planteadas lo son. Sin embargo, no es conceptualmente necesario entender que el legislador siempre que actúa, o bien restringe (según la teoría externa), o bien delimita los derechos (según la teoría interna). Dependiendo del caso, puede entenderse que el legislador hace una u otra cosa. Entender que el legislador siempre restringe derechos supone una comprensión de los derechos y de la Constitución excesivamente individualista y una comprensión de la justicia constitucional ingenua, y por lo mismo, maximalista³⁴.

2.1.2. LOS DERECHOS COMO REGLAS Y COMO PRINCIPIOS

A esta distinta comprensión de los derechos y de la actividad legislativa subyace una comprensión previa acerca del tipo de normas que los derechos fundamentales son: o bien reglas o bien principios³⁵.

33 Alexy (2008), p. 241.

34 Una teoría del control constitucional que no sea ingenua es una que asume que el Tribunal Constitucional no es necesariamente el «foro de los principios», sino que en muchos casos es más bien un foro político, donde se decide políticamente y no de manera jurídico-constitucional.

35 Las normas pueden ser entendidas como reglas o como principios. La distinción entre ambos tipos de normas puede ser entendida de manera débil, como una diferencia de grado, y de esta forma, como una distinción cuantitativa, distinción que se funda principalmente en el grado de generalidad de la norma, y puede ser entendida de manera fuerte, es decir, como una distinción cualitativa. Antes que Alexy, fue Ronald Dworkin en *Los derechos en serio*,

Así, la corrección de la teoría externa supone que las disposiciones constitucionales sean entendidas como principios. Sin embargo, no vale cualquier comprensión de los principios. Para la más famosa teoría de las normas constitucionales como principios, la de Alexy, los principios son mandatos de optimización, cuyo objeto debe ser realizado en la mayor medida de lo posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas³⁶. Puede observarse cómo ya en la definición de principio está contenida la propuesta de la teoría externa y la idea de restricción: se trata de garantizar los derechos en la mayor medida posible. En la mayor medida posible porque los principios deben optimizarse siempre teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, en este último caso, considerando los principios o bienes que pueden estar en contradicción³⁷.

Ahora bien, si las normas constitucionales son principios, esto significa que aquellas son siempre posiciones *prima facie*, es decir, posiciones que no contienen mandatos definitivos sobre cómo deben ser protegidos los intereses que ellas mismas protegen. Las reglas, por el contrario, no contienen mandatos de optimización, sino mandatos definitivos. Al igual que la relación entre teoría externa y principios es estrecha, la relación de la teoría interna con la comprensión de las disposiciones constitucionales como reglas también lo es. Como señala Carlos Bernal, «la teoría interna señala que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental, tienen una validez definitiva y no solo una validez *prima facie*»³⁸. La teoría interna entiende entonces las disposiciones constitucionales como reglas.

Es difícil hoy en día sostener un modelo que no sea mixto, es decir, que no entienda que las normas constitucionales deben entenderse en su mayoría como principios, sin perjuicio de que en algunos casos la

quien hizo explícita la distinción entre estos dos tipos de normas o estas dos formas de entender la aplicación de las normas (Dworkin, 1984, pp. 61 y ss). La asunción del lenguaje de reglas y principios es novedosa para la teoría alemana y continental que solía hablar de norma sin distinguir entre reglas y principios.

36 Alexy (2008), pp. 67 y siguientes.

37 Esto significa que los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, y que su medida de cumplimiento depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino que también de las jurídicas, es decir, de las posibilidades que admiten las reglas y principios opuestos al principio que se busca realizar. Alexy (2008), pp. 86 y siguientes.

38 Bernal Pulido (2003), p. 442.

Constitución contenga normas que operen como reglas. Las disposiciones constitucionales que deben entenderse como reglas son, principalmente, aquellas respecto de las cuales la Constitución ha decidido excluir, desde el inicio, toda ponderación por parte del legislador.

2.1.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TEORÍA EXTERNA

Si la teoría interna recurre a la interpretación para precisar los límites de los derechos y los ámbitos en que la ley tiene absolutamente prohibido intervenir, la teoría externa requiere utilizar el principio de proporcionalidad para determinar cuándo una restricción se encuentra constitucionalmente admitida³⁹.

Como hemos visto, de acuerdo a la teoría externa y a una comprensión de los derechos como principios, las colisiones entre los derechos son inevitables. Cuáles de las posibles restricciones a los derechos son lícitas y cuál ha de ser la intensidad de las mismas es una cuestión que se determina aplicando el principio de proporcionalidad. De esta forma, el principio de proporcionalidad se vuelve crucial para la operatividad de la teoría externa.

2.2. El supuesto de hecho de los derechos fundamentales y las restricciones

La discusión acerca del supuesto de hecho de una norma que contiene un derecho fundamental, es básicamente una acerca de su alcance o extensión, es decir, un problema que exige determinar hasta dónde llega la protección del derecho. La explicación de esta discusión importa en la medida en que existe una vinculación estrecha entre las teorías externa e interna y la comprensión amplia y restringida del supuesto de hecho, respectivamente.

En efecto, existe básicamente una forma amplia y una forma estrecha de entender el alcance del supuesto de hecho de un derecho. En términos de Alexy y de la teoría externa, el supuesto de hecho, que es lo que determina el ámbito protegido por el derecho, debe ser interpretado de la forma más extensiva posible. Por lo tanto, toda cláusula que en alguna medida lo limite debe entenderse como una cláusula que no forma parte del supuesto hecho de la norma, sino como una restricción que se formula directamente en la propia Constitución, pero que es conceptualmente ajena al derecho.

39 Sobre esto, véase el Capítulo VIII.

Para la teoría interna, en cambio, la consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas sus condiciones. Y lo que en principio podrían parecer cláusulas constitucionales que restringen un derecho, deben ser entendidas, más bien, como cláusulas que agregan elementos que permiten determinar aún más el alcance del supuesto de hecho y, de esta forma, el alcance concreto de la protección constitucional. Así, por ejemplo, la cláusula que establece la Constitución en el inciso 3º del artículo 19 N° 1, que señala que «la pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado», según la teoría interna sólo aparentemente es una cláusula restrictiva del inciso 1º de la misma disposición constitucional, que asegura el derecho a la vida a todas las personas. Es sólo apariencia de restricción, porque debe entenderse que ella forma parte del supuesto de hecho que permite al derecho a la vida operar. De esta forma, un defensor de la teoría interna debería interpretar que la habilitación legislativa para establecer la pena de muerte es un elemento más que debe ser integrado al supuesto de hecho, lo que significa, de alguna forma, que la protección de la vida solo opera en casos de personas inocentes o no declaradas culpables de ciertos delitos.

Un caso difícil para la teoría externa, en cambio, es el que ofrece el inciso 1º del artículo 19 N° 13 de la Constitución, que consagra el «derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas». Pareciera bastante evidente que las palabras «pacíficamente» y «sin armas» son parte del supuesto de hecho de la disposición constitucional que protege el derecho a reunión. En efecto, desde la perspectiva de la teoría interna «pacíficamente» y «sin armas» son partes de las condiciones que deben concurrir para que se produzca la protección constitucional, porque el interés que la Constitución protege no es cualquiera, sino que el de las reuniones de carácter pacífico. Sin embargo, para Alexy y la teoría externa lo que sucede en este caso es que el derecho a reunión se ve restringido inmediata y directamente en la propia constitución⁴⁰. Así, por una parte está el supuesto de hecho del derecho a reunión, de carácter amplio, que no contempla límites, mientras que por el otro lado se encuentra la cláusula restrictiva, que con el fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales importantes como el orden público o la paz social, restringe el derecho a reunión cuando este no es pacífico.

40 Alexy (2008), p. 250.

No es muy difícil entender los términos de la discusión. Lo que la teoría externa entiende como restricciones, establecidas directamente en la propia Constitución, la teoría interna lo entiende como casos de mayor determinación del supuesto de hecho de la disposición constitucional, es decir, como casos en que la Constitución precisa en una mayor medida el contenido del derecho que garantiza. El resultado de ambas comprensiones del supuesto de hecho, hace bastante evidentes las diferencias entre teoría interna y externa. Para la teoría externa, el derecho protege el contenido más amplio posible que sea posible derivar de los términos nucleares del derecho. Para la teoría interna, en cambio, lo que el derecho protege «se percibe como una entidad cuyo perímetro está bastante limitado internamente. Sería insostenible una teoría que pretendiese atribuir validez definitiva a todas las normas y posiciones susceptibles de ser adscritas a los derechos, y que a la vez dotara a cada derecho fundamental de un contenido amplio»⁴¹. Sería insostenible debido a que «los derechos fundamentales entrarían constantemente en colisión, a causa de la amplitud de su contenido. Sin embargo, todas las colisiones serían irresolubles, por cuanto las posiciones en conflicto reclamarían una validez definitiva»⁴².

2.3. La configuración legislativa de los derechos

Aunque el concepto de configuración puede tener distintos sentidos, usualmente se ha utilizado de manera opuesta al concepto de restricción. Como hemos visto, en muchas ocasiones el legislador debe configurar las condiciones para el ejercicio de los derechos constitucionales. De esta forma, como se observó en la sección 1.4., los casos de configuración deben distinguirse de los casos de restricción, porque en cada caso el legislador hace cosas diferentes. Esa es la idea de Peter Häberle, para quien «el legislador tiene, en el ámbito de los derechos fundamentales, una doble función: la de la limitación y la de la conformación de los derechos constitucionales»⁴³.

41 Bernal Pulido (2003), pp. 442-443.

42 Bernal Pulido (2003), pp. 442-443.

43 Häberle (2003), p. 168. Así, Häberle señala que «las garantías de los derechos fundamentales tienen, por ello, un doble contenido. De un lado, implican la prohibición de lesionar el derecho fundamental —en cuanto que son límites para el legislador—; por el otro lado, contienen un mandato dirigido al legislador de conformar cada derecho fundamental en particular» (p. 169).

El espacio que permite distinguir ambas cuestiones lo entrega, en alguna medida, la propia Constitución. En efecto, en muchas ocasiones nuestra Constitución llama a la ley para que restrinja un derecho, como sucede con el artículo 19 N° 5 o el artículo 19 N° 8. Pero en más ocasiones aún, la Constitución apela al legislador para que le dé forma a un derecho y configure una institucionalidad que permita su ejercicio. Este es, paradigmáticamente, el caso de los derechos sociales, casos en que la Constitución establece, por ejemplo, en relación al derecho a la protección de la salud, que «es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias»⁴⁴. Pero la Constitución llama a la ley no solo en el caso de los derechos sociales, sino en muchas otras circunstancias, como por ejemplo, cuando se trata del derecho de asociación y del derecho de propiedad (privada). Nótese cómo en este último caso la Constitución no da un contenido determinado a la propiedad privada ni establece cuál ha de ser la configuración jurídica de su institucionalidad, sino que afirma que «sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella» (art. 19 N° 24, inc. 3° CPR).

En directo contraste con Häberle, quien distingue entre la actividad configuradora y restrictiva, para Alexy toda ley que configura, regula o concretiza un derecho es una ley que al mismo tiempo lo restringe⁴⁵. Para Alexy no hay diferencia entre la actividad legislativa que tiene por objeto configurar un derecho y la que pretende restringirlo (fundadamente). Sobre la base de su comprensión de los derechos como principios, que exigen la mayor medida posible de realización, Alexy argumenta que toda actividad legislativa configuradora de derechos es a la vez una actividad restrictiva.

2.4. Críticas a la teoría interna

En términos generales, hay tres grandes críticas a la teoría interna. De acuerdo a la primera, la teoría interna deja a los derechos con un contenido protegido muy reducido. Por supuesto, la afirmación de que la teoría interna exige reducir el ámbito protegido por cada derecho en mayor medida que la teoría externa, es verdadera. La razón, como hemos visto, es que la teoría interna no entiende los derechos como

 44 Salgado (2015).

45 Alexy (2008), pp. 290 y siguientes.

mandatos de optimización que necesariamente colisionan entre sí, sino como reglas, es decir, como un conjunto de mandatos definitivos que, para evitar colisionar, deben tener un ámbito de aplicación distinto y reducido. Ahora bien, la determinación del contenido de los derechos entendidos como reglas exige, evidentemente, una importante labor interpretativa, lo que según Prieto Sanchís «revela un cierto optimismo acerca de la posibilidad de “recortar” con suficiente precisión el contenido de cada derecho y, por tanto las fronteras entre aquello que representa un “coto vedado” para el legislador y aquello otro que puede ser objeto de su libre decisión»⁴⁶. En efecto, en vez de un análisis de la ley a la luz del principio de proporcionalidad, lo que la teoría interna plantea es más un ejercicio interpretativo cuyo objeto es determinar el contenido de cada derecho. El problema, para los críticos, es que la actividad interpretativa carece de punto de anclaje cuando se trata de derechos constitucionales porque los derechos se expresan en muchas ocasiones como «cláusulas lapidarias» que podrían permitir una interpretación en uno u otro sentido. Por eso las teorías internas suelen restringir la actividad interpretativa a una interpretación lingüística (más que sistemática o finalista). A esta crítica se asocia también la de que una teoría interna deja sin control de constitucionalidad todas las leyes que no caigan en el ámbito restringido de aplicación de los derechos interpretados como reglas.

La segunda crítica es que la comprensión de los derechos como reglas contiene una tendencia a la jerarquización de los mismos. La razón de esa tendencia es que esta teoría debe optar por un método que no es la ponderación en caso de colisiones, y que si no hay ponderación, entonces lo que queda es ubicar a los derechos en una escala jerárquica que permita decidir siempre ex-ante y en abstracto cómo deben ser solucionados todos los posibles conflictos. Sin embargo, la jerarquización de derechos no es la única forma de resolver los conflictos que tiene disponibles la teoría interna. Por el contrario, la teoría interna entiende los derechos como reglas, no más importantes unas que otras, sino que con distintos ámbitos de aplicación.

Finalmente, la queja es que la teoría interna intenta escapar al control de constitucionalidad que realizan los tribunales. La razón es que nunca habría colisión de derechos cuya solución tuviera que ser controlada por el Tribunal Constitucional en términos de proporcionalidad,

46 Prieto Sanchís (1990), p. 64. En Chile, Contreras y García, por consideraciones garantísticas, como ellos las llaman, rechazan la teoría interna. Véase García y Contreras (2014), p. 622.

sino solo una determinación de su contenido, determinación que correspondería, por una cuestión de distribución de competencias, en principio, al legislador.

2.5. Críticas a la teoría externa

Como es de suponer, la teoría externa goza de amplia aceptación. La teoría externa, popularizada por Alexy, como hemos visto, supone que los derechos son principios que ordenan que su objeto sea realizado en la mayor medida posible. Esta comprensión de los principios supone, a su vez, una teoría amplia del supuesto de hecho, de forma tal que, básicamente, la Constitución garantiza «un derecho prima facie a hacer y omitir lo que uno quiera»⁴⁷. Para la teoría externa, entonces, el énfasis está en el concepto más amplio posible de libertad y en que no existan impedimentos para realizar acciones y conductas que caen dentro de este ámbito de libertad. De esta forma, si la teoría interna reducía el contenido de los derechos con el objeto de que no colisionaran, en cambio, «la teoría amplia del supuesto de hecho conduce a un aumento del número de colisiones entre derechos fundamentales»⁴⁸. Las teorías externas son, de esta forma, teorías conflictivistas, teorías que siempre ven colisiones entre los derechos de unos y los derechos de otros. Llegados a este punto, se entiende de manera mucho más clara por qué la teoría interna es una teoría individualista, tal como lo reconoce el propio Alexy.

Para la teoría externa, sin embargo, el aumento del conflicto no es en sí un problema. De hecho es algo expresamente buscado. La razón es que la teoría externa tiene una propuesta de solución de los conflictos que, en sus términos, protege los derechos de mejor manera frente a cualquier intervención legislativa: se trata del principio de proporcionalidad con su mandato de ponderación. Por esto, en gran medida, las críticas a la teoría externa son básicamente críticas al método de solución de los permanentes conflictos que esta teoría admite, a saber, el principio de proporcionalidad.

A este respecto, ellas provienen de dos lugares distintos. Desde una perspectiva, la crítica es contra la idea de que si los derechos son principios, los derechos pueden ser restringidos, por lo que «dejan de

47 Alexy (2008), p. 288.

48 Alexy (2008). Como señala Alexy, «mientras más ampliamente sean concebidos los supuestos de hecho mayor es el número de casos en los cuales adquieren relevancia los derechos y, por lo tanto, tanto mayor es también el número de colisiones de derechos fundamentales» (p. 285).

ser barreras infranqueables para los poderes públicos»⁴⁹. La crítica de Habermas a la teoría de Alexy —específicamente, a la comprensión de los derechos como principios que admiten ser restringidos lícitamente— es que ésta permite el derrumbe de «la barrera de cortafuegos» que los derechos fundamentales garantizan⁵⁰. En efecto, cuando los derechos se entienden como principios, se relativiza su contenido como derechos; como principios pierden su fuerza normativa deontológica, típica de las reglas, dando paso a una comprensión orientada a fines⁵¹. Según Habermas, los derechos han de ser entendidos como reglas y no como principios (o valores)⁵². Es del carácter de principios que emerge la crítica subsiguiente de Habermas: si los derechos no son un conjunto de reglas con un ámbito de aplicación determinado de manera coherente, sino que un conjunto de valores, su compatibilidad queda entregada al juicio subjetivo e irracional del aplicador. En efecto, la ponderación como método no brinda al juez criterios racionales de aplicación, sino por el contrario, «se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado»⁵³. De esta forma, la crítica de Habermas es que «los derechos fundamentales primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional»⁵⁴.

49 Habermas (1998), pp. 326 y siguientes.

50 Habermas (1998), p. 332. La crítica de Habermas es principalmente una crítica a la ponderación como método, por ser inevitable cuando los derechos se entienden como principios, o en palabras de Habermas, como valores. En este mismo sentido, Webber señala: «de acuerdo a este método [proporcionalidad y ponderación], los derechos constitucionales no mantienen ningún estatus especial. Ellos son relegados, en su mayor parte, a la condición de premisas en el razonamiento de proporcionalidad y ponderación, con el resultado que el entero proyecto de derechos constitucionales podría ser simplificado reemplazando el catálogo de derechos con una sola proposición: el legislador deberá cumplir con el principio de proporcionalidad». Webber (2009), p. 4.

51 Según Habermas, la propuesta de Alexy de entender los derechos como principios es una que los reconstruye como valores. Esto significa que los derechos pierden su carácter de normas, es decir, su carácter deontológico, relativizándose, de esta forma, su contenido.

52 Habermas (1998), pp. 327 y siguientes.

53 Ibid., p. 332.

54 Se trata de las famosas palabras de Alexy, en su Epílogo a Teoría de los Derechos Fundamentales (Alexy, 2005, p. 15), donde busca responder las principales críticas a su teoría de los principios.

Por su parte, Böckenförde postula, desde una perspectiva opuesta a la de Habermas, que los derechos entendidos como principios no es que dejen amplio espacio al legislador para que los restrinja (rompiendo la barrera de cortafuegos que los derechos significan), sino que, por el contrario, determinan completamente el margen que el legislador tiene en ese ámbito⁵⁵. El principio de proporcionalidad, que es el necesario corolario de la comprensión de los derechos como principios, implica una irrupción en la estructura democrática del Estado con fatales consecuencias para la función del parlamento de conformar el derecho⁵⁶. La razón es que el principio de proporcionalidad permite la expansión del control constitucional sobre el legislador, ya que toda decisión legislativa admitiría ser controlada a la luz de este principio, transformándose así la Constitución en una norma dirigente en cuyo seno se contiene ya todo el ordenamiento jurídico. Según Böckenförde, la concepción de los derechos fundamentales no solo como derechos de defensa, sino que como derechos que siempre pueden ser entendidos a la vez como derechos de prestación, que a la vez exigirían su mayor realización posible, conduciría entonces a un modelo de Constitución de fatales consecuencias: el legislador perdería toda autonomía⁵⁷. La actividad legislativa «se agotaría en la mera definición de aquello que ya está decidido por la Constitución. El proceso político democrático perdería considerablemente su significado “el tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional” –de la Jurisdicción

55 Böckenförde (1993), p. 131 y siguientes. En el mismo sentido y con anterioridad Forsthoﬀ, 1975. Forsthoﬀ critica lo lejos que el Tribunal Constitucional, a través del principio de proporcionalidad, ha llevado su control del legislador. Tanto así que Forsthoﬀ se pregunta si «en este procedimiento lógico, con el que el Tribunal se sitúa en el lugar del legislador, hay algo judicial además de la circunstancia de que se lleve por jueces. La pregunta se contesta sola» (Forsthoﬀ, 1975, pp. 237 y 238). Se contesta sola y es no: el control que el Tribunal Constitucional realiza sobre el legislador, sobre sus leyes, implica pasar por sobre sus competencias legislativas asumiendo un rol que no le corresponde como tribunal. Según Forsthoﬀ dicho control transforma al legislador en órgano de ejecución de la Constitución. En palabras de Forsthoﬀ, «es muy diferente afirmar que el legislador está vinculado a la constitución a afirmar que el legislador ha de ejecutarla» (Forsthoﬀ 1975, p. 241) porque en este último caso, «la constitución es así como un huevo de Colón jurídico, del que todo surge, desde el Código penal hasta la Ley sobre fabricación de termómetros» (Forsthoﬀ 1975, p. 242).

56 Böckenförde (1993), p. 131 y siguientes.

57 Alexy (2005), p. 17.

Constitucional— sería imparable»⁵⁸. Para una teoría que entiende la importancia de la distribución de competencias, como lo es la de Böckenförde, un estado jurisdiccional es inaceptable. Por esta razón, Böckenförde opta por una comprensión de la Constitución como *orden marco* y de los derechos como derechos subjetivos de libertad dirigidos a la defensa de los ciudadanos frente al Estado⁵⁹.

De esta forma, si la crítica de Habermas al principio de proporcionalidad sugiere que la ponderación permite cualquier cosa (al juez), la crítica de Böckenförde sostiene que, al contrario, no permite nada (al legislador). Como se ve, la comprensión de los derechos como principios, de los que deriva el principio de proporcionalidad, tiene importantes consecuencias para la comprensión de la actividad legislativa y de la democracia.

En su respuesta a ambos autores, Alexy adopta una versión moderada del principio de proporcionalidad (y de la ponderación), es decir, una en que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado. Según Alexy, con ayuda de la ponderación, «ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional»⁶⁰. De esta forma es posible una respuesta racional (o respuesta correcta) al menos a algunos casos, y por tanto la crítica de Habermas de que la ponderación admite en definitiva cualquier tipo de decisiones, a causa de la carencia de medidas racionales, sería incorrecta. Por otra parte, señala Alexy, la ponderación no se orienta a la obtención de lo mejor, lo que excluiría cualquier otra respuesta posible por parte del legislador, sino que se conforma con evitar lo intolerable, lo que obviamente deja abierto el camino a una pluralidad de soluciones. De esta forma, señala Prieto Sanchís, si el principio de proporcionalidad con su mandato de ponderación se interpretan de ese modo, «no estaríamos muy lejos del constitucionalismo débil que algunos proponen desde antiguo: la misión del Tribunal no sería entonces enmendar la labor legislativa desde la óptica de la más plausible atribución de significado al documento constitucional, sino tan sólo cerrar el paso a las leyes manifiestamente irracionales»⁶¹.

58 Alexy (2005), p. 17.

59 Böckenförde (1993), pp. 137 y siguientes.

60 Alexy (2005) p. 32.

61 Prieto Sanchís (2008), p. 121.

3. Los límites y restricciones en la doctrina chilena

La doctrina chilena, como se ha señalado, no ha trabajado de manera sistemática el tema de los límites y las restricciones como una cuestión distinta y separada teóricamente del análisis dogmático de cada derecho en cuestión. Sin embargo, hay autores que expresamente han abogado o bien por una teoría externa de los derechos, o bien por una teoría interna. J. L. Ugarte, por ejemplo, en un trabajo titulado *Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales*, ha defendido expresamente una teoría externa de los derechos, es decir, una comprensión de los derechos como principios, que llevarían implícito el principio de proporcionalidad como modo de resolver cuándo deben ser restringidos para proteger otros bienes o derechos cuyo peso es mayor en ciertas circunstancias⁶². Así también, de manera expresa, García y Contreras han defendido la teoría externa y han explicado de manera sucinta las razones que los llevan a ellos a decidirse por una teoría externa⁶³.

Defendiendo posturas cercanas a la teoría interna, en cambio, se encuentra Cea, quien señala que los derechos «jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos»⁶⁴. El profesor Martínez Estay, sin embargo, es quien ha asumido más explícitamente dicha teoría y ha defendido sus rasgos típicos. Así, ha señalado que «solo si son limitados puede identificarse un derecho o una libertad de otros derechos o libertades, o de otras figuras que nada tienen que ver con los derechos, como sería el caso de un delito. La existencia de límites es lo que nos permite diferenciar la libertad de expresión de las injurias o las calumnias»⁶⁵. De esta forma, «todo derecho o libertad tiene límites que emanan de su propia naturaleza, que pueden extraerse con

62 Ugarte (2011).

63 García y Contreras (2014), pp. 622-623.

64 Cea (2012), p. 62. Nótese cómo Cea tiene, por una parte, una comprensión cercana a una teoría interna, pero a la vez niega el carácter absoluto de los derechos que reclama esta teoría. La razón es que Cea entiende que afirmar que el «carácter absoluto» de los derechos es equivalente a afirmar que los derechos amparan a sus titulares en la realización de *cualquier conducta*. Pero, como hemos visto, lo que la teoría interna quiere significar con la afirmación de que los derechos son absolutos no es que estos permitan un ejercicio ilimitado (y caprichoso) a sus titulares, sino que no cabe la ponderación a su respecto.

65 Martínez (1997), p. 367.

sentido común mediante la interpretación de cada derecho o libertad»⁶⁶ y, por tanto, «por el hecho de tener cada derecho o libertad su propio límite, en principio no debieran existir “choques” o “conflictos” entre distintos derechos»⁶⁷. Siendo incluso más enfático, Martínez Estay llega a afirmar que «nunca hay “conflictos” o “choques” de derechos»⁶⁸, toda vez que «los conflictos o choques de derechos son en verdad meras apariencias de colisiones, ya que como todo derecho o libertad es limitado, el problema se traduce en efectuar la labor de delimitación del mismo»⁶⁹.

Silva Bascuñán, por su parte, señala que la Constitución establece los derechos «no sólo para admitirlos y asegurarlos, sino también, en segundo término, para señalar los límites que a su extensión o ejercicio ella impone o da la posibilidad de imponer, ya que nadie podría razonablemente pretender derechos y libertades que no admitieran otras vallas que el capricho de quien fuere su titular»⁷⁰. A continuación, Silva Bascuñán señala tres distintos criterios que explican las restricciones que la propia Constitución consagra, a saber: las «restricciones inspiradas en la necesidad de impedir que el uso del derecho de unos destruya o menoscabe el uso de los otros»⁷¹; los «límites que se originan en la necesidad de afirmar valores que han de ser respetados y apoyados en su aplicación»⁷², lo sucedería con la libertad de conciencia, enseñanza, de asociación, de trabajo y económica; y por último, el bien común puede en algunos casos inspirar especiales causas de limitación⁷³. Además de las restricciones directamente establecidas en la Constitución, Silva Bascuñán señala que la Constitución llama frecuentemente a la ley a complementar los derechos y las libertades que establece, pero que «los encargos confiados por el constituyente a la ley, cualquiera que sea la calificación jerárquica de ésta, han de ser de tal índole que afirmen, proyecten, desarrolles e interpreten la voluntad y propósito de la Ley Fundamental»⁷⁴. Como se

66 Martínez (1997), p. 370.

67 Ibid., p. 371.

68 Ibid., p. 371.

69 Ibid., p. 373.

70 Silva Bascuñán (2006), p. 36.

71 Ibid., p. 37

72 Ibid., p. 37

73 Ibid., p. 38.

74 Ibid., p. 39.

observa, la mayoría de las consideraciones de Silva Bascuñán se explican de mejor forma desde la perspectiva de la teoría interna.

Aunque no lo señala expresamente, es posible entender que Nogueira tiene una comprensión de los límites y restricciones de carácter mixto. Por una parte, reconoce que, desde la perspectiva de la teoría interna, la Constitución «establece derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva por ella, determinando sus contenidos y sus contornos o fronteras»⁷⁵. Por otra parte, desde la perspectiva de la teoría externa, Nogueira reconoce que en varios casos la Constitución «habilita al legislador para regular los derechos, ya sea configurándolos o estableciendo sus contornos o fronteras, como asimismo, estableciendo limitaciones o restricciones a los atributos o facultades aseguradas por las normas constitucionales, que constituye la regla en nuestro orden constitucional»⁷⁶.

Finalmente, en el capítulo especial que Aldunate dedica a las restricciones y límites a los derechos nunca se refiere expresamente, ni a la teoría externa ni a la teoría interna. De alguna manera, Aldunate se aleja de la teoría de los límites y restricciones con el objeto de hacer más bien dogmática de los mismos. Y desde el punto de vista de la dogmática de los derechos, que ha de hacerse cargo de la «particularidad de los textos constitucionales», Aldunate pareciera optar por una teoría mixta. Desde un punto de vista dogmático, Aldunate nota que la Constitución reconoce que pueden existir varios tipos de relaciones entre la ley y los derechos: en algunos casos lo que la ley hace es especificar los límites de los derechos, límites que demarcan «el respectivo tipo iusfundamental» (teoría interna), mientras que en otros casos la ley lo que hace es configurarlos, intervenirlos o regular su ejercicio.

4. Clasificación de los límites y restricciones de la Constitución

4.1. Restricciones expresamente establecidas

Este apartado pretende ofrecer una sistematización de carácter dogmático, lo más clara posible, de las restricciones, límites y configuraciones que admiten los derechos establecidos en la Constitución. En nuestra doctrina, los profesores Eduardo Aldunate y Gonzalo García han hecho un esfuerzo sistematizador importante. Aldunate clasifica en cinco

⁷⁵ Nogueira (2005).

⁷⁶ Ibid.,

grupos los tipos de relación que las disposiciones constitucionales que consagran derechos admiten tener con la ley, a saber: (i) disposiciones que permiten intervenciones en sentido estricto⁷⁷; (ii) disposiciones que demarcan el derecho, lo delimitan⁷⁸; (iii) disposiciones que habilitan al legislador a configurar el respectivo derecho⁷⁹; (iv) disposiciones que habilitan al legislador para regular las modalidades del ejercicio de los derechos⁸⁰, y (v) disposiciones de función miscelánea⁸¹. García, por su parte, propone una clasificación que distingue entre reservas complementarias⁸², limitativas⁸³, regulatorias⁸⁴ y negativas⁸⁵. Como señala, «la regla general, a falta de notas características, es que las reservas sean regulatorias, siempre que no se demuestre su naturaleza meramente complementaria o limitativa»⁸⁶.

La sistematización que en este apartado se propone, se realizará en base a ciertas distinciones básicas. En primer lugar se analizarán las restricciones expresamente establecidas en la Constitución, ya sea que las restricciones las establezca la propia Constitución, ya sea que

77 Aldunate (2008), pp. 226 y siguientes.

78 Ibid., pp. 246-247.

79 Ibid., pp. 247-248.

80 Ibid., pp. 248.

81 Ibid., pp. 248-249.

82 García (2004), pp. 173 y siguientes. Para García, las reservas legales complementarias se caracterizan, «en general, por un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental abandonando su complemento a la ley» (p. 173).

83 García (2004), pp. 178 y ss. García distingue entre límites intrínsecos y «derechos susceptibles de delimitación “externa”». «En principio, todos los derechos tienen límites, según hemos indicado, pero no todos pueden ser limitados “desde afuera” por el legislador» (p. 178). Por eso, «las reservas legales limitativas corresponden a las cláusulas específicas de limitabilidad de los derechos que expresamente indica la propia Constitución» (p. 179).

84 García (2004), p. 188 y ss. Según García, en estos casos «el legislador tiene la más amplia libertad de configuración del ejercicio del derecho; pero supeditado a los fines y objetivos que la Constitución establece, entre otros, el respecto a la esencial del derecho» (p. 189).

85 García (2004), pp. 192 y ss. Para García las reservas negativas «constituyen claramente prohibiciones. Esto implica que al legislador se le limita explícitamente para atribuirse competencias en las materias que precisa la Constitución» (p. 192).

86 García (2004), p. 188. En relación al rol del reglamento de ejecución respecto de cada una de estas reservas véase el Capítulo VII, sección 3.1.

la Constitución habilite a la ley para que sea ella la que lo haga. De esta forma, en las próximas dos secciones se distingue por un lado entre restricciones de rango constitucional, es decir, restricciones expresa y directamente establecidas en la Constitución, y restricciones de rango legal, es decir, restricciones indirectamente constitucionales, que suponen una habilitación constitucional expresa⁸⁷.

4.1.1. RESTRICCIONES DE RANGO CONSTITUCIONAL

Estas restricciones están establecidas directamente en la Constitución en su contenido sustantivo. Se trata entonces de restricciones de rango constitucional.

En este caso, según Aldunate, lo que hace la ley, si es que interviene, es actualizar un límite previsto en la propia Constitución, y por tanto, «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»⁸⁸. Así, desde la perspectiva de una teoría interna, estas restricciones son más bien cláusulas delimitadoras, que forman parte del tipo y supuesto de hecho del derecho fundamental.

Las cláusulas delimitadoras que aparecen reiteradamente en la Constitución son: la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional y la seguridad del Estado. Llama la atención que los casos en que la Constitución establece estas cláusulas delimitadoras son todos, notablemente, casos de *libertades*: dichas cláusulas aparecen en derechos como la libertad de conciencia, la libertad de enseñanza, la libertad de asociación y la libertad económica. Así, el

- artículo 19 N° 6, que garantiza la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos *que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*.
- artículo 19 N° 11, que establece que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por *la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional*.
- artículo 19 N° 15, que prohíbe las asociaciones contrarias a *la moral, al orden público y a la seguridad del Estado*.

⁸⁷ Esta es una clasificación propuesta en Alexy (2008), pp. 248 y siguientes.

⁸⁸ Aldunate (2008), p. 246.

- artículo 19 N° 15, que establece que «son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional *declarar* esta inconstitucionalidad».
- artículo 19 N° 21, que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica siempre que no sea contraria a *la moral, al orden público o a la seguridad nacional*.

En todos estos casos, cuando la ley interviene lo que hace es concretizar y/o determinar los límites que ya la propia Constitución contiene. Así, cuando la ley prohíbe por ejemplo, la importación y el negocio bélico, no está imponiendo restricciones al artículo 19 N° 21 que ya no estén contenidas en la propia Constitución, sino que está actualizando y concretizando un contenido que ya está presente en ella, pero que al mismo tiempo fue dejado (más o menos) abierto para que el legislador lo determinara en concretas circunstancias⁸⁹. En efecto, conceptos tales como moral, buenas costumbres, orden público, seguridad nacional y seguridad del Estado son conceptos de referencia indeterminada cuyo objetivo es precisamente que el legislador los precise (o bien el juez) a medida que las circunstancias lo requieran.

Además de estos casos en que la Constitución apela a las cláusulas antes vistas, es interesante el caso de la disposición contenida en el artículo 19 N° 23, que consagra «la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, *excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres*». La razón del interés es que en este

89 La ley, el orden público y las buenas costumbres constituyen los límites a la autonomía privada y la libertad de comportamiento en el derecho privado. Véase Ducci (2002), pp. 294 y siguientes; Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), pp. 258 y siguientes. Los términos «orden público» y «buenas costumbres» aparecen en el caso más paradigmático de ejercicio de la autonomía de la voluntad, el caso de los actos y contratos. En términos generales, para que el acto o contrato resulte eficaz, éste debe tener un objeto y una causa lícitas, entendiéndose por objeto y causa ilícita de un acto o contrato la prohibida por ley, o contraria al orden público o a las buenas costumbres (artículos 1461, inciso 3° y 1467, inciso 2° del Código Civil) La consecuencia que se sigue de ésta ilicitud es que el acto o contrato adolecerá de un vicio de nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil).

caso también es la Constitución, directamente, la que delimita la libertad de adquisición de propiedad privada, pero por la vía de apelar, indeterminadamente, a la clase de bienes que escapan del dominio de las personas⁹⁰. Un caso que puede ser también incorporado en esta parte es el de la disposición contenida en el 19 N° 13, que establece el «derecho a reunirse *pacíficamente* sin permiso previo y *sin armas*». Como se explicó, esta disposición puede ser entendida como contenedora de una restricción directamente constitucional frente un derecho a reunión, en principio ilimitado, o bien como una restricción delimitadora, que al igual que en los casos anteriores, fija los contornos del contenido del derecho a reunión que la Constitución va a proteger. La misma distinción puede aplicarse al derecho a petición consagrado en el artículo 19 N° 14, en la medida que la Constitución establece que las peticiones que se dirijan a la autoridad deben presentarse en términos *respetuosos y convenientes*.

Dos casos que cabe agregar, pero que se distinguen de los anteriores, son los contemplados en el artículo 19 N° 3, inciso 2° y el 19 N° 16, inciso 6°. El primero restringe el derecho de defensa cuando se trata de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, y el segundo hace lo mismo respecto de la huelga de los funcionarios públicos y municipales. En ambos casos hay una restricción del derecho, pero en la dimensión de la titularidad. Estos casos dejan ser explicados como lo que doctrina administrativa denomina «relaciones de sujeción especial» y se presentan cuando la persona, debido a circunstancias especiales, se encuentra frente a la administración en una relación de sometimiento particularmente intensa, muy distinta a la del resto de las personas⁹¹. Casos típicos de relaciones especiales de sujeción son los casos de los funcionarios públicos, los presos y las fuerzas armadas y de orden público. Esta categoría explicativa es, no obstante, problemática, ya que permite establecer restricciones de derechos que van mucho más allá de las que normalmente se justifican.

90 Para una versión más extendida del argumento, véase Atria y Salgado (2015).

91 En los casos de sujeción especial se enfatiza una particular relación entre ciudadano y Estado. Se trata típicamente de casos en que ciertos individuos se encuentran frente al Estado no como ciudadanos comunes sino que bajo una relación especial de sujeción frente a la administración. El concepto de sujeción especial tiene su origen en la Alemania del siglo XIX y su objeto era, básicamente, permitir restricciones más intensas que las usuales a los derechos de las personas sujetas a este tipo de vinculación con la administración. La doctrina moderna, no obstante, ha cuestionado este concepto y su finalidad.

Además de los casos anteriores, en que la Constitución misma delimita los derechos o derechamente los restringe, la Constitución también establece casos de privación (temporal o absoluta) de derechos:

- artículos 16 y 17, que establecen los casos de suspensión del derecho a sufragio y los casos de pérdida de la ciudadanía.
- artículo 19 N° 7, letra g), que establece un caso de privación de la propiedad sin indemnización como pena respecto de las asociaciones ilícitas (confiscación);
- artículo 19 N° 15, inciso 6°, que establece casos de privación del derecho a asociación (no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política) y del derecho a optar a cargos públicos de elección popular cuando se hubiere tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad de partidos o movimientos.

Como se vio en el apartado 1.4., estos casos en principio son problemáticos, ya que la Constitución no ha de privar de sus derechos a las personas. En estos términos, el término «privación» no es descriptivo sino que normativo, es decir, se trata de un término con un contenido valorativo, cuyo objeto es denunciar que se trata de casos problemáticos porque adolecen, en principio, de falta de legitimidad. Por eso, cuando se afirma que la Constitución priva, por ejemplo, del derecho a sufragio en caso de condena a pena aflictiva (art. 17) se está afirmando que hay un problema con la existencia de dicha disposición, desde el punto de vista de su justificación.

4.1.2. RESTRICCIONES INDIRECTAMENTE CONSTITUCIONALES

Lo que se denomina restricciones «indirectamente constitucionales» son las restricciones que establece el legislador, no la Constitución, que lo que hace en este caso es *habilitar* al legislador para que lo haga. La Constitución, entonces, participa pero por la vía de establecer cláusulas que autorizan expresamente a la ley a delimitar, restringir, configurar y regular el respectivo derecho⁹².

⁹² Recuérdese que esto supone la posibilidad de colaboración reglamentaria (de ejecución) como bien se detalla en el Capítulo VII.

Tanto la forma en que la Constitución establece la habilitación constitucional a la ley como el margen y límites que le entrega a ésta varían respecto de cada derecho, en tres sentidos distintos.

En primer lugar, hay casos que admiten ser entendidos desde la perspectiva de la teoría interna, es decir, como casos en que la Constitución habilita a la ley para delimitar el contenido del derecho, determinando lo que es y lo que no es parte de él. En estos casos la Constitución llama al legislador para que, atendiendo las circunstancias, determine los límites del respectivo derecho:

- artículo 19 N° 12, que llama a la ley a que establezca los delitos y abusos que se cometan el ejercicio de la libertad de expresión.
- artículo 19 N° 16, que establece que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y *una ley lo declare así*.
- artículo 19 N° 23, que llama a la ley a declarar los bienes que deban pertenecer a la nación toda⁹³.
- artículo 19 N° 24, que habilita al legislador para limitar el dominio, en virtud de la función social de la propiedad.

Así, por ejemplo, la Constitución llama al legislador para que establezca qué bienes deben entenderse como bienes pertenecientes a la nación toda, es decir, bienes que deben ser declarados por ley como bienes nacionales de uso público. Desde la perspectiva de la teoría interna, los bienes nacionales de uso público, lejos de ser restricciones (o excepción) a la libre apropiabilidad de los bienes, son un límite interno a la apropiabilidad de los bienes, es decir, forman parte del concepto de apropiabilidad en la medida en que fijan sus contornos desde dentro⁹⁴. Más fácil aún es aplicar la teoría interna en el caso de los límites legales a la propiedad en virtud de su función social. En efecto, de forma bastante extendida, se ha sostenido que los límites a la propiedad que derivan de la función social son límites intrínsecos,

93 Se trata de lo que se conoce como bienes nacionales de uso público, como por ejemplo, las calles, los caminos y las aguas. Para una explicación del sentido de esta cláusula véase Atria y Salgado (2015).

94 Desde la perspectiva interna, entonces podría afirmarse que *la Constitución no asegura ni protege la libertad de adquirir bienes que el legislador ha decidido que deben pertenecer a la nación toda*.

que forman parte del contenido del derecho de propiedad, que no está ahí para satisfacer el solamente el interés individual del propietario sino que también el interés social⁹⁵.

En segundo lugar, la Constitución puede establecer cláusulas que habiliten al legislador para restringir el respectivo derecho o libertad, restringiendo la Constitución a su vez, en mayor o menor medida, dependiendo del caso, la competencia material del legislador para hacerlo:

- artículo 19 N° 1, inciso 3º, que autoriza al legislador para establecer la pena de muerte como sanción a la comisión de un delito contemplado en ley de quórum calificado⁹⁶.
- artículo 19 N° 5, que establece que el hogar puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley⁹⁷.
- artículo 19 N° 7, que habilita a la ley para privar a las personas de la libertad ambulatoria en sus numerales b), c), d) y e).
- artículo 19 N° 16, que luego de reconocer que la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, permite a la ley establecer expresamente casos en que prohíba a los trabajadores negociar.
- artículo 19 N° 23 que habilita al legislador, cuando así lo exija el interés nacional, para que establezca limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes privados;
- artículo 19 N° 24, que habilita al legislador para autorizar la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional⁹⁸.

95 Así, Aldunate (2008), p. 228; Cea (2012), pp. 574 y siguientes; García y Contreras (2014), p. 342. El Tribunal Constitucional también ha defendido que los límites derivados de la función social son internos al derecho de propiedad privada. Véase, por ejemplo, la STC Rol N° 2299-12,30 de enero de 2014.

96 La Ley 19.734 de 2001 reemplazó la pena de muerte por la pena de presidio perpetuo calificado en los cuerpos legales que la contemplaban, a saber, el Código Penal, la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado y en algunas disposiciones del Código de Justicia Militar.

97 Artículo 218 del Código Procesal Penal.

98 Una cuestión interesante es si la expropiación autorizada por la Constitución implica una privación del derecho de propiedad, en el mismo sentido que se afirmó que la Constitución priva del derecho de sufragio de los condenados a pena aflictiva. La respuesta es negativa. La expropiación no es una privación en esos términos, por dos razones. En primer lugar, ha de entenderse que la

Como se observa, en ciertos casos la Constitución autoriza a la ley para restringir o limitar el respectivo derecho, pero dentro de cierto margen establecido de manera más o menos precisa, como en el caso del artículo 19 N° 23 y N° 24, en que la Constitución establece causales de procedencia, o en el caso del artículo 19 N° 7 letra c) y e), en que establece de manera explícita y taxativa los casos en que procede la detención, arresto y presión preventiva. Sin embargo, hay veces que la Constitución habilita al legislador sin imponerle expresamente ciertos márgenes, como en el caso de la negociación colectiva. Por supuesto, esto no significa que el legislador en estos casos no tenga límite alguno: como señalará en el apartado final, la restricción a un derecho, como lo es la prohibición de negociar, no puede infringir el principio de proporcionalidad ni tampoco el contenido esencial del derecho.

En tercer lugar, la Constitución puede habilitar a la ley para que establezca las bases institucionales y las reglas que hagan posible el ejercicio del respectivo derecho. Se trata de casos en que la Constitución le entrega al legislador, expresamente, un margen configurador amplio. Paradigmáticamente, este es el caso de los derechos sociales, pero no es el único caso, como se verá:

- artículo 19 N° 9, que garantiza la protección de la salud y establece que es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, *en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias*;
- artículo 19 N° 10, que garantiza el derecho a la educación y llama al Estado a configurar un sistema gratuito al que todos puedan acceder;
- artículo 19 N° 11, que garantiza la libertad de enseñanza pero que llama a la ley para que la configure cuando se trata de enseñanza formal (para que establezca los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales);

Constitución protege, más que la propiedad, el patrimonio. Como señalan Cordero y Aldunate, la «principal dimensión que le interesa a la protección constitucional de la propiedad, la indemnidad patrimonial» (Cordero y Aldunate, 2008, p. 347) La razón es que la Constitución autoriza la privación de propiedad solo si es que es tratada como expropiación, es decir, se indemniza al propietario dicha pérdida. En segundo lugar, a diferencia del caso de la pérdida del sufragio o la confiscación, la expropiación no es una sanción sino que más bien el resultado de una necesidad pública o de interés nacional.

- artículo 19 N° 15, que establece que para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley;
- artículo 19 N° 18, que garantiza el derecho a la seguridad social y llama en seguida a la ley a regular el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado;
- artículo 19 N° 19, que garantiza el derecho de sindicarse, pero en los casos y forma que señale la ley;
- artículo 19 N° 24, que no establece un contenido definido para la propiedad privada sino que llama a la ley a establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella.

Finalmente, la Constitución autoriza la regulación del ejercicio de las libertades principalmente, que por lo general, por su contenido, tienen un amplio campo para su ejercicio. Por lo mismo, la Constitución autoriza al legislador, más que a restringir, a regular la forma en que han de ser ejercidas. En efecto, a diferencia de los casos de configuración, en que el margen para el legislador es mucho más amplio, los casos de regulación se encuentran mucho más delimitados, en la medida en que el legislador solo puede establecer modalidades en ejercicio de esas libertades:

- artículo 19 N° 6, que declara que las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas;
- artículo 19 N° 7, que garantiza la libertad ambulatoria a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- artículo 19 N° 12, que establece el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley
- artículo 19 N° 13, que establece que las reuniones en lugares de uso público se registrarán por las disposiciones generales de policía;
- artículo 19 N° 16, que llama a la ley a establecer las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica.

4.2. Restricciones implícitas

Además de restricciones o habilitaciones legales expresamente establecidas en la Constitución, existe una cláusula tácita, que deriva del carácter de principio de los derechos, en virtud de la cual todos los derechos pueden ser restringidos con el objeto de conciliarlos con los demás derechos y bienes jurídico-constitucionales establecidos en la Constitución⁹⁹. Aunque la Constitución no contemple expresamente para ciertos derechos cláusulas restrictivas o bien no contemple respecto de todos los derechos una habilitación legislativa, debe entenderse que *existe una habilitación implícita al legislador no sólo para que concilie el ejercicio de cada uno de los derechos constitucionales sino que también para que los configure institucionalmente*. Esa es precisamente la propuesta de la teoría externa, que entiende que los derechos como principios necesariamente colisionan unos con otros y que es el legislador el que debe resolver estas colisiones a través de la ley: *la ley es esencial porque es el instrumento que ha de articular los derechos y libertades de todos*¹⁰⁰.

Así, por ejemplo, aun cuando la Constitución es silenciosa en cuanto a la restricción, regulación y configuración del derecho a la vida privada (19 N° 4), debe entenderse que este derecho sí puede ser configurado y restringido por la ley. Un caso paradigmático en que operan restricciones a la vida privada es cuando la libertad de expresión e información así lo requiere y, por ejemplo, la ley obliga a las autoridades a hacer declaraciones de patrimonio y de interés cuando concurren ciertas circunstancias. El mismo silencio es posible observar respecto del derecho a la integridad corporal, que el artículo 19 N° 1 consagra. Algo similar puede decirse respecto de la libertad de enseñanza. La Constitución señala, en el artículo 19 N° 11, que «la libertad de enseñanza *no tiene otras limitaciones* que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional». Esto, sin embargo, no significa que libertad de enseñanza no autorice al legislador para que la configure y regule legalmente, estableciendo ciertos requisitos cuando se trata, por ejemplo, de la enseñanza formal.

⁹⁹ Alexy (2008), p. 251 y siguientes.

¹⁰⁰ La declaración de derechos del hombre y del ciudadano reconoce los «derechos naturales» de los hombres, inalienables e imprescriptibles pero entiende, a la vez, que la ley es necesaria para asegurar la concurrencia y la coexistencia recíproca de las libertades de todos los ciudadanos: la ley es el instrumento que permite articular la coexistencia de derechos en la sociedad.

Las afirmaciones anteriores relativas a la existencia de una cláusula implícita en la Constitución que autorizaría a restringir y configurar los derechos a través de la ley, podrían ser objetadas señalando que la Constitución establece, en el artículo 19 N° 26, que el legislador puede regular, complementar y limitar los derechos (sin afectar su contenido esencial) *sólo cuando la Constitución lo mandata o autoriza*. Frente a esta objeción Aldunate ha señalado que la exigencia de autorización constitucional expresamente establecida no cubre toda la actuación legislativa posible respecto de los derechos constitucionales, por lo que no toda actuación legislativa requiere de una habilitación constitucional expresa¹⁰¹. Por ejemplo, señala Aldunate, la *regulación* legislativa no requeriría de autorización expresa. A la labor de regulación cabría agregar la labor de *configuración* que el legislador debe realizar en mayor o menor medida respecto de todos los derechos, para hacer posible su ejercicio. La objeción, sin embargo, se derrumba si se entiende que la parte dogmática de la Constitución ha de ser interpretada a la luz de una teoría constitucional que entiende los derechos como principios y no como reglas, es decir, como normas que tienen todas la misma jerarquía abstracta, que tienen un similar ámbito de aplicación y, por tanto, que requieren al momento de su concretización conciliarse y concordarse con los demás derechos o con otros bienes constitucionales.

Ahora bien, esto no debe confundirse con la labor que algunos comentaristas asignan al juez a la hora de decidir un conflicto de derechos entre particulares. En principio, el punto de partida es que la conciliación y coordinación del ejercicio de los derechos la realiza *la ley* y el juez debe sujetarse a ella, por supuesto, con un margen para interpretar las disposiciones legales a la luz de la Constitución¹⁰². Por eso, debe tenerse cierto cuidado con la afirmación de que los derechos tienen como límite los derechos de terceros, en el sentido de que cada derecho contendría una cláusula inmanente que limita su ejercicio con independencia de lo que las disposiciones legales establezcan a su respecto.

101 Aldunate (2008), p. 251.

102 El punto sobre el margen que tiene el juez para interpretar la ley a la luz de la Constitución es abordado en el capítulo V, sección 3, en relación a lo que se llama eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

5. La configuración de los derechos y la determinación legal de su contenido

¿Es toda configuración y/o regulación legal de derechos una restricción de los mismos?

Como se ha visto en el apartado 2.3., según Alexy, la configuración de los derechos constituye siempre a la vez una restricción de los mismos. El ejemplo que utiliza Alexy para probar su punto no deja de ser interesante porque el derecho de propiedad, como «derecho de instituto», es precisamente un derecho que requiere, necesariamente, de configuración legal. El derecho de propiedad no es un derecho que se pueda entender como pre-existente al Estado, exclusivamente como un derecho de defensa¹⁰³ o como una libertad, sino que, por el contrario, su ejercicio requiere de la configuración legislativa de la propiedad privada como institución. Paradójicamente, sin embargo, Alexy utiliza el derecho de propiedad para mostrar que toda configuración legislativa de un derecho implica, necesariamente, una restricción del mismo. Así, sobre la base de la decisión del legislador alemán consistente en la exclusión de la llamada rescisión de un contrato de locación por reformas en la vivienda, que eliminaba una competencia anteriormente existente del locatario, Alexy reitera que «al igual que todos los principios, el principio iusfundamental de la propiedad privada exige la mayor medida posible de realización. Una medida lo más grande posible de realización del principio iusfundamental de la propiedad privada incluye una medida lo más amplia posible de la utilidad privada y de la capacidad de disposición»¹⁰⁴. Por eso, Alexy señala que con la exclusión de la rescisión por reformas, sucede que «se realiza una medida menor de este derecho que en el caso de que hubiera sido conservada. Con la exclusión, el principio iusfundamental es desplazado en cierta medida. Esto significa que el derecho *prima*

103 Una cuestión sumamente interesante es determinar cuál es la estructura del derecho de propiedad. Una crítica interesante ofrece Aldunate cuando señala que la propiedad ha «sido tratada 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» (p. 243). Así, señala Aldunate «bajo esta perspectiva, la actividad legislativa configuradora del derecho de dominio en términos de restricciones o cargas aparecía siempre como límite a un derecho de libertad en principio ilimitado, y tenía, por tanto, que encontrar el correspondiente rechazo». (p. 244).

104 Alexy (2008), p. 295.

facie que corresponde a este principio es restringido. Por lo tanto, desde la perspectiva de la teoría de los principios, puede hablarse de una restricción del derecho de propiedad, que requiere ser justificada»¹⁰⁵.

Esta comprensión de la labor configurativa proviene de la comprensión que Alexy tiene de los principios. La tesis de que los derechos son principios es, por cierto, correcta. Lleva la razón Alexy cuando entiende que las disposiciones constitucionales son en su mayoría principios. Pero se trata de principios, no entendidos como mandatos de optimización, sino que más bien como *estándares no susceptibles de ser automáticamente aplicados por el legislador (o por el juez)*¹⁰⁶. Lo nuclear de esta idea es que *los principios exigen una ponderación por parte del legislador, mientras que las reglas ya la suponen*: las reglas descartan una aplicación que exija ponderarlas porque ellas ya son el resultado de una ponderación previa. El error proviene, entonces, de la comprensión excesivamente amplia del objeto protegido por los principios, que hace que casi toda actividad legislativa se entienda como actividad restrictiva, no dejando margen configurador al legislador. Nótese cómo Alexy se refiere a los principios señalando que «exigen una protección lo más amplia posible de los bienes protegidos, es decir, una protección lo más amplia posible de la libertad general de acción, de la integridad física o de la competencia para enajenar la propiedad»¹⁰⁷.

Es importante, en este sentido, rescatar la autonomía que tiene el legislador para interpretar el sentido de cada uno de los derechos, y a la luz de dicho sentido, configurar la institucionalidad legal necesaria que haga posible su ejercicio. Por supuesto, hay un sentido en que toda configuración del ejercicio del derecho lo limita. En un sentido naturalista, la ley es siempre un límite a la libertad. Para Hobbes y para la tradición liberal que sobre su matriz conceptual se funda, ley y libertad son conceptos contradictorios. En cambio, la comprensión que Revolución francesa tiene de la ley, que se extendió por el continente europeo durante todo el siglo XIX y hasta inicios del siglo XX es radicalmente distinta: la ley no se contrapone a la libertad si no que la hace posible¹⁰⁸.

105 Alexy (2008), p. 295.

106 Dworkin (1984), p. 61 y siguientes.

107 Alexy (2008), pp. 243-244. Esta comprensión no es políticamente neutral si no que supone una teoría liberal de la Constitución y una preeminencia de los derechos civiles sobre los derechos sociales. Esta última afirmación se refuerza cuando se observa lo que Alexy señala respecto a los derechos sociales.

108 Como señala Haberle, «la mejor forma de comprender la importancia de la función de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales

Esta diferente comprensión del sentido de la ley es lo que marcó la principal diferencia del constitucionalismo continental europeo frente al constitucionalismo estadounidense. Para los estadounidenses, los derechos tenían un sentido restrictivo de una protección de la esfera autónomo-privada del tráfico social frente a intervenciones estatales¹⁰⁹, de ahí que cada acto estatal, incluso el de la ley, pudiese ser revisado por los jueces a la luz de la Constitución. En cambio, para la revolución francesa y toda la tradición constitucional moderna a la que dio inicio, la ley era crucial para concretizar los derechos que las constituciones reconocían, todavía más si se entiende que la ley debía deshacerse del orden jurídico heredado por los siglos de monarquía¹¹⁰.

Evidentemente, el margen que el legislador tiene para configurar cada uno de los derechos es distinto. Por lo general, los derechos sociales admiten mayor margen configurador que los derechos de participación política. Pero los derechos civiles y las libertades también admiten y requieren de configuración legal. Si asumimos que vivimos en sociedades que se rigen bajo economías capitalistas y de libre mercado, dejar el ejercicio de cada uno de los derechos al arbitrio de quienes tienen poder hace difícil lograr el ideal que anima al constitucionalismo moderno (libertad, igualdad, fraternidad).

Por supuesto, el objeto de la teoría propuesta por Alexy es evitar que a través de la actividad configuradora el legislador escape de la aplicación del principio de proporcionalidad. Pero en la búsqueda de este fin Alexy pasa en silencio por sobre la dimensión institucional de los derechos. Como se dijo, los derechos requieren de configuración institucional que les dé contenido y que haga posible su ejercicio. Esa

es haciendo abstracción de ella. La pregunta tendría que decir qué serían los derechos fundamentales sin legislación. Si faltase a los derechos fundamentales el subnivel del ordenamiento jurídico que está jerárquicamente por debajo de la Constitución, quedarían sin eficacia, figurarían “en el papel”. Los derechos fundamentales cuyos límites no fuesen concretizados “por el ordenamiento jurídico general” y que no fuesen conformados por las normas creadas por el legislador, quedarían condenados a la insignificancia» Häberle (2003), p. 171.

109 Habermas (1997).

110 En este sentido, poniendo énfasis en la actividad legislativa, G. Webber, ha propuesto una nueva comprensión de los límites. De acuerdo a este autor, las cláusulas constitucionales que autorizan la limitación de los derechos muestra que la Constitución es un proyecto incompleto, sujeto a continuo desarrollo a través de la actividad legislativa. Dichas cláusulas confirman que la Constitución ha de estar siempre abierta a lo que él llama «continua negociación legislativa» (Webber 2009).

configuración es, así, una condición necesaria para el ejercicio de los derechos y en principio no debe entenderse como una restricción a los mismos. Por supuesto, al momento de configurar los derechos, el legislador debe hacerlo vinculado a la Constitución, pero eso no significa que todo caso de configuración suponga a priori una restricción respecto del derecho que se configura: existe un margen, más o menos amplio, dependiendo de cómo la Constitución consagra los derechos, para que el legislador configure la institucionalidad necesaria para su ejercicio. Como señala Häberle, «el alcance de tipo cláusula general de los principios constitucionales autoriza al legislador a conformaciones creativas, de la “libertad de configuración”. Las formulaciones frecuentemente recortadas de frases tópicas, esbozadas, no libres de lagunas, también ambiguas ocasionalmente, de los textos constitucionales —una constitución que se perdiese en regulaciones de detalle sería demasiado torpe— reclaman concretizaciones legislativas»¹¹¹.

Evidentemente, en esta labor el legislador puede llegar a restringir el derecho que configura. En caso de que la configuración implique una restricción, el legislador deberá sujetarse al principio de proporcionalidad y a su mandato de ponderación. Por eso, en ningún caso, el énfasis que se hace en la actividad configuradora del legislador significa una autorización al legislador para que por la vía de la configuración restrinja los derechos más allá de lo que la Constitución admite.

A continuación, se presenta un caso de configuración legal de derechos que involucra el derecho de propiedad. El caso fue elegido porque muestra la importancia del rol configurador del legislador y la deferencia que el Tribunal Constitucional correctamente ha tenido frente a dicha labor en este caso¹¹². La Constitución en su artículo 19 N° 24 inciso segundo establece, en su primera frase, que «sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella». La Constitución no establece un diseño ni establece que sólo ha de haber un tipo de propiedad privada. La Constitución garantiza su protección, pero no diseña el modo en que la propiedad privada ha

111 Häberle (2003), p. 174.

112 Otro caso interesante en que el legislador ha tenido un rol configurador importante es el de la libertad de enseñanza. Efectivamente, es sumamente interesante observar cómo el legislador (a través de las leyes 20.370, 20.800 y 20.845), amparado por el Tribunal Constitucional (en sus sentencias Rol N° 1361-09, Rol N° 1363-09, Rol N° 2731-14 y Rol N° 2787-15) ha ido progresivamente modificando la configuración de la libertad de enseñanza para conciliarla con un originalmente disminuido derecho a la educación.

de configurarse a nivel institucional. De esta forma, el artículo 19 N° 24 no constitucionaliza una regulación determinada de la propiedad privada, como por ejemplo podría ser la del Código Civil. De hecho, la regulación de la propiedad privada del Código Civil es notablemente más individualista que la que la Constitución admite, si se observa cómo es que ésta última admite que la ley imponga límites a la propiedad en atención a su función social.

Uno de los cuerpos legales que más controversia han causado es el Decreto Ley N° 2695 de 1979, regulación con carácter de ley que se dicta con el objeto de beneficiar a las personas de menos recursos que, por desconocimiento de la ley, falta de medios económicos o por otras razones plausibles, no habían adquirido la propiedad sobre un inmueble siguiendo las formalidades previstas en el Código Civil. De acuerdo al estatuto del Decreto Ley, el poseedor de un inmueble que cumpla ciertas características¹¹³ que demuestre la existencia de posesión material continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, durante cinco años a lo menos (art. 2), puede inscribir dicho inmueble a su nombre adquiriendo así la calidad de poseedor regular, para luego adquirir por prescripción el dominio de dicho inmueble, una vez transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida (art. 15). La discusión sobre la constitucionalidad de sus disposiciones ha sido intensa y emana de impugnaciones particulares que reclaman básicamente que dicho estatuto afecta el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 en la medida que permite al poseedor material de un inmueble, luego de inscribir el bien poseído, adquirir su dominio por prescripción luego de un año, perdiéndolo de esta forma el antiguo dueño.

La Corte Suprema primero, y el Tribunal Constitucional con posterioridad a 2005, ha tenido que decidir una gran cantidad de recursos de inaplicabilidad en contra de alguna de las normas del Decreto Ley N° 2695¹¹⁴. Por eso, en una interesante sentencia de 2010, el Tribunal Constitucional ha buscado clarificar la discusión, con ánimo de zanjar la controversia que ha suscitado dicho cuerpo legal¹¹⁵. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional correctamente señala que «la Constitución no establece un tipo de propiedad determinada.

¹¹³ De acuerdo al artículo 1 del DL N° 2695, éste se aplica a los poseedores materiales de bienes raíces rurales o urbanos, cuyo avalúo fiscal para el pago del impuesto territorial sea inferior a ochocientas o a trescientas ochenta unidades tributarias, respectivamente.

¹¹⁴ En especial, se han impugnado los artículos 15 y 16 de dicho cuerpo legal.

¹¹⁵ STC Rol N° 1298-09.

La Constitución no reconoce una única propiedad sino la propiedad “*en sus diversas especies*”. No hay, por tanto, una sola propiedad, sino tantas como el legislador configure»¹¹⁶. De esta forma, reitera el Tribunal, «no hay en la Constitución un modelo a partir del cual se configuren las distintas propiedades. En este sentido, el constituyente se mantiene neutro frente a las preferencias constitutivas del legislador al momento de definir “el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. No existe una legislación que haya sido erigida por el constituyente en modelo de todas las demás propiedades. Ello habría significado constitucionalizar una determinada legislación; rigidizar las definiciones del legislador»¹¹⁷.

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional permiten entender que en la mayoría de las ocasiones y con diferentes intensidades es la ley la que ha de configurar y dar forma a los derechos. Cuando esto sucede, la ley no está restringiéndolos, siempre y necesariamente, tal como afirma Alexy. Cuando el legislador configura, para ciertos inmuebles, un estatuto especial de reconocimiento y protección de dicha propiedad, no está restringiendo el derecho consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, sino que elaborando un régimen legal de posesión de la tierra si bien distinto al régimen contenido en el Código Civil, posible en los términos de la normativa constitucional. La Constitución no toma una decisión acerca de una de las cuestiones cruciales sobre el dominio, a saber, si el dominio exige posesión material o basta posesión inscrita. Se trata entonces de una configuración de un dominio que exige requisitos distintos al del Código Civil, pero no requisitos que restringen el derecho de propiedad consagrado en la Constitución.

6. Los límites de los límites: la reserva legal, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial

Hemos visto que los derechos exigen de configuración y regulación y admiten límites y restricciones. Sin embargo, la actividad legislativa con respecto a ellos, a su vez, también encuentra límites, más allá de los cuales ésta se vuelve contraria a la Constitución. En otras palabras, las personas tienen frente a las restricciones, ciertas garantías: la garantía de que las restricciones se realizarán por medio de la ley (lo que se denomina «reserva legal»), que éstas serán proporcionales y finalmente, que no afectarán el «contenido esencial» del derecho. A continuación sólo serán explicados

116 STC Rol N° 1298-09, cons. 44°.

117 STC Rol N° 1298-09, cons. 44°.

los aspectos básicos de la primera garantía en lo que es relevante para este capítulo. El detalle y los aspectos más peliagudos de la reserva legal, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial son tema de los capítulos VII, VIII y IX, respectivamente.

6.1. Reserva legal

Sin duda alguna, el primer límite a las restricciones es competencial: sólo el legislador, a través de la ley, puede configurar, restringir y regular el ejercicio de los derechos. La idea, entonces, de reserva de ley es precisamente esa, a saber, que la regulación, restricción y configuración de los derechos queda entregada o «reservada» exclusivamente a la ley¹¹⁸. La reserva legal es, de esta forma, una de las más importantes garantías de los derechos¹¹⁹. Y lo es porque la ley es la forma más esencial de expresión institucional del pueblo en un sistema democrático de carácter representativo¹²⁰. La reserva de ley, como principio de configuración institucional, está en el origen del constitucionalismo moderno¹²¹ y se vincula con un principio capital para el derecho: el principio de soberanía popular.

En Chile, como hemos visto, no hay una disposición constitucional que con carácter general reserve a la ley la configuración, restricción y regulación de los derechos¹²². Es la Constitución la que expresamente, respecto de cada derecho, llama (y en este sentido habilita) y reserva

-
- 118 Nótese aquí que el hecho de que la configuración, restricción y regulación de los derechos quede reservada a la ley no significa que no pueda intervenir el reglamento. Sobre el ámbito de competencia del reglamento de ejecución y su rol de colaboración con la ley, véase Capítulo VII.
- 119 De hecho, en Europa, durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX fue la única garantía de los derechos. La llegada de los tribunales constitucionales en la década de 1920 (y más precisamente, después de la segunda guerra mundial, cuando adquieren competencias de revisión del contenido de la ley) agregó a esta garantía de carácter formal una de carácter material o sustantivo.
- 120 A mayor abundamiento, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que las limitaciones y regulaciones a los derechos que reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden realizarse únicamente por medio de una ley, entendiéndose por ley no cualquier norma jurídica de carácter general, sino que una que emane del poder legislativo.
- 121 Artículos 4, 5 y 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano.
- 122 Sin embargo, algunos como Kamel Kazor construyen una reserva de carácter general en materia de derechos fundamentales de la interpretación sistemática del artículo 63 N° 2 y N° 20, artículo 19 N° 26 y artículo 64. Véase Cazor (2013), p. 43. En contra de esta postura, Aldunate afirma que la reserva legal no es un principio general. Véase Aldunate (2013), p. 258.

a la ley su regulación. Eso sí, en bastantes casos, la Constitución reserva a leyes de quórum supra-mayoritario la regulación, restricción y configuración de los derechos. Así, por ejemplo, reserva a la ley de quórum calificado: el establecimiento de la pena de muerte (art. 19 N° 1), el establecimiento de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de la libertad de expresión (art. 19 N° 12 inc. 1°), la organización y funciones del Consejo Nacional de Televisión (art. 19 N° 12 inc. 6°), la regulación del ejercicio del derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18), las actividades empresariales del Estado (art. 19 N° 21) y el establecimiento de limitaciones y requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (art. 19 N° 23)¹²³. A su vez, llama a la ley orgánica constitucional a establecer los requisitos que deben exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel (art. 19 N° 11 inc. final) y determinar las sustancias de propiedad del Estado que pueden ser objeto de concesiones y cuáles serán los derechos y obligaciones que de ellas deriven (art. 19 N° 24, inc. 7°).

Podría pensarse que los quóruns de aprobación de la ley que exigen más que la mayoría simple establecen, de alguna forma, una garantía más intensamente democrática o una garantía más fuerte frente a la actuación legislativa. Eso es incorrecto. El principio de mayoría es una regla no solo esencial, sino que necesaria para la toma de decisiones democráticas. Como ha explicado magistralmente Böckenförde, en un párrafo que merece ser citado en toda su extensión, «si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos, y no solo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan. Y lo mismo se exige desde la igualdad. Si todos los ciudadanos han de disponer de los mismos derechos políticos de participación, para que tengan también las mismas oportunidades de influir políticamente, toda opinión política tiene que ser pesada como igual»¹²⁴. De esta forma, resulta evidente cómo la exigencia de quóruns superiores a la mayoría para la aprobación de ciertas leyes no es un reforzamiento de la democracia, y por tanto,

123 De acuerdo al artículo 66, inciso 3° de la Constitución, las leyes de quórum calificado «se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio».

124 Böckenförde (2000), pp. 92-93.

tampoco implica una mayor garantía para los derechos, en la medida en que la regulación y configuración legal de muchos derechos se mantienen vigentes aunque ya no se sostenga por la afirmación de una mayoría, sino de una minoría.

Finalmente, cabe hacer un reproche importante a la excepción que hace la Constitución cuando entrega a la potestad reglamentaria y no a la ley la regulación del derecho de reunión en espacios públicos (art. 19 N° 13, inc. 2°)¹²⁵. En efecto, la Constitución establece que «las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía». Domingo Lovera le ha dado a esta excepción el nombre (y el carácter) de «trampa»¹²⁶, en la medida en que la Constitución, si bien garantiza el derecho a reunión sin permiso previo (art. 19 N° 13, inc. 1°), al mismo tiempo deja entregada la regulación de su ejercicio a la autoridad de turno. Fue la dictadura la que reguló el derecho a reunión en espacios públicos en el Decreto Supremo N° 1086 de reuniones públicas, en el contexto de la represión policial. Lo notable es que dicho Decreto Supremo sigue vigente hasta el día de hoy, ya que ninguno de los gobiernos posteriores a 1990 ha dictado una nueva regulación al respecto.

Bibliografía citada

- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- ALESSANDRI, ARTURO; MANUEL SOMARRIVA; ANTONIO VODANOVIC, 1998: *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALEX, ROBERT, 2005: *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad.
- _____. (2008): *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ATRIA, FERNANDO, 2013: *La Constitución Tramposa*. Santiago: LOM ediciones.
- _____. (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM ediciones.
- ATRIA, FERNANDO y CONSTANZA SALGADO, 2015: *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

125 Como se señaló en la nota 17, la Constitución contempla dos excepciones más a este principio: los artículos 19 N° 3 inciso 2° y 19 N° 6 inciso 1°.

126 El término «trampa» constitucional es uno que popularizó Fernando Atria en *La Constitución tramposa* (Atria 2013).

- BASCUÑÁN, ANTONIO, 2009: «El sistema de la regulación penal de los atentados contra la vida humana», Inédito.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, 2003: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST, 1993: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- _____. (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- BOROWSKI, MARTIN (2000): «La restricción de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 59, mayo - agosto.
- CAZOR, KAMEL, 2013: «Problemas teóricos en torno a las potestades normativas y la necesaria redefinición de la reserva legal en el estado constitucional chileno», en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 19, Nº 1, Talca.
- CEA, JOSÉ LUIS, 2008: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, 2da Edición. Santiago, Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CORDERO, EDUARDO y EDUARDO ALDUNATE, 2008: «Evolución histórica del derecho de propiedad», en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* [Sección Historia del Pensamiento Jurídico], XXX, Valparaíso, Chile.
- DE OTTO, IGNACIO, 1988: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en Martín-Retortillo, Lorenzo y De Otto, Ignacio (Eds.), *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.
- DOMÉNECH, GABRIEL, 2006: «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes abordo para prevenir un atentado kamikaze?», en *Revista de la Administración Pública*, Nº 170, Madrid, Mayo - Agosto.
- DUCCI, CARLOS, 2002: *Derecho Civil Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DWORKIN, RONALD, 1984: *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- FORSTHOFF, ERNST, 1975: *El Estado de la Sociedad Industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GARCÍA, GONZALO, 2004: *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿poder legislativo contra la administración?* Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- GARCÍA, GONZALO y PABLO CONTRERAS, 2014: *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago, Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional No. 55.
- GLENDON, MARY ANN, 1998: «El lenguaje de los derechos», en *Revista de Estudios Públicos*, Nº 70, Santiago.
- HÄBERLE, PETER, 2003: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- HABERMAS, JÜRGEN, 1997: «Derecho natural y revolución» en *Teoría y Praxis*. Madrid: Tecnos.

- _____. (1998): *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta.
- LOVERA, DOMINGO, 2015: «Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución», en *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*. Bassa, Ferrada y Viera (Eds.). Santiago: LOM ediciones.
- MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGANCIO, 1997: «Carácter absoluto y límites de los derechos y libertades», en García-Huidobro, Martínez y Núñez, *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso: Edeval.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2003: *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- _____. (2005): «Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales», en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 2, Talca.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, 1990: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8, pp. 61-102.
- _____. (1995): «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22, pp. 9-57.
- _____. (2008): «El juicio de ponderación constitucional», en Carbonell, M. (ed) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, 1994: «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa* 15-16, pp. 651-674.
- SALGADO, CONSTANZA, 2015: «El derecho a la educación», en J. Bassa, J.C. Ferrada y C. Viera (Ed), *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*. Bassa, Ferrada y Viera (Ed). Santiago: LOM ediciones.
- _____. (2015): «Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional», en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 1, pp. 401-432.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, 2006: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Los derechos y deberes constitucionales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SUNSTEINS, CASS y STEPHEN HOLMES, 1999: *The Cost of Rights*. New York: W. W. Norton & Co.
- TÓRTORA, HUGO, 2010: «Las limitaciones a los derechos fundamentales», en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, pp. 167-200.
- UGARTE, JOSÉ LUIS, 2011: «Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2, pp. 361-373.
- WEBBER, GRÉGOIRE, 2009: *The Negotiable Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.

Capítulo VII:

Regulación de los derechos. La reserva de ley

Matías Guilloff*

1. Introducción

1.1. El llamado a la ley –la reserva legal– como mecanismo de desarrollo de los derechos fundamentales

En la Constitución se hace un llamado a la ley para que regule ciertas materias, entre las cuales figuran los derechos fundamentales¹. Esto se enmarca dentro de un esquema de distribución de potestades normativas, entre el legislador y la administración, que funciona precisamente sobre la base de las materias que les corresponde abordar a cada uno de estos órganos. Como se explicará posteriormente, dicho esquema cumple la crucial función de delimitar el ámbito de actuación de la ley, de aquel del reglamento autónomo. Para efectos de este capítulo, y en consideración al propósito de este libro, la reserva de ley se analizará únicamente desde la perspectiva de su rol como garantía para la regulación de los derechos fundamentales. Se dejan afuera, consecuentemente, cuestiones que se relacionan más bien con la reserva de ley desde la perspectiva de la distribución de competencias, tales como la pregunta si la Constitución contempla un dominio legal máximo o uno mínimo², y si la reserva de ley genera algún tipo de consecuencias para el otorgamiento de potestades normativas a órganos administrativos diversos del Presidente de

* Doctor en Derecho, University of Arizona. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Diego Portales.

1 Sobre el llamado que hace la Constitución a la ley para regular derechos fundamentales, véase Capítulo VI, secciones 1.3 y 1.4.

2 Ver Bulnes (1982), pp. 136 y 137; Cea (1984), p. 431; Ribera (2001), pp. 179 y siguientes; Cazor (2005), p. 404, y Cordero (2009), p. 433.

la República. Habiendo hecho esta prevención, cabe adentrarse al análisis de la reserva de ley desde este enfoque³.

Una primera cuestión a señalar es que dentro de la tradición liberal, se concibe como una valiosa garantía el que la regulación de los derechos se realice por la vía legal⁴. El argumento que tradicionalmente se ofrece para ello, es que la regulación legal es la única que asegura que el poder para dictar leyes solo se ha ejercido por aquellos que hemos asentido que lo hagan —nuestros representantes en el Congreso⁵—. Pero hay más; la regulación legal de los derechos no solo es preferible por quién la hace, sino que también por cómo se hace. En efecto, el carácter general y abstracto de la ley tiende a asegurar una igualitaria regulación del contenido de los derechos⁶. Todas estas razones tornan normativamente preferible un diseño institucional en el que la regulación de los derechos se realice por la vía legal.

Surge, sin embargo, la pregunta relativa a si es que este ideal normativo se encuentra plasmado en nuestra Constitución, en tanto texto positivo en donde se consagran las decisiones fundamentales acerca del diseño institucional del Estado. Sobre este punto la doctrina no es concordante; mientras que para algunos nuestra Constitución efectivamente demanda que la regulación de los derechos fundamentales se realice por la vía legal⁷, otros señalan que la carta fundamental no contiene esta exigencia⁸. La discordancia entre unos y otros pasa por la manera en que interpretan la frase «que por mandato de la Constitución», contenida en el artículo 19 N° 26.

Para los primeros, el énfasis debe ser puesto en que la aludida disposición, al garantizar «la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten», estaría suponiendo que cualquier regulación o complemento de garantías fundamentales debe hacerse a través de un precepto legal⁹. Adicionalmente, aluden a que

3 Véase Aldunate (2008), pp. 374-375. En contra, véase a Cordero (2009), pp. 41-42.

4 Sobre la progresión de reconocimiento de derechos fundamentales (y sus limitaciones), en el caso chileno, véase el Capítulo I.

5 Locke (1690), p. 75.

6 Aldunate (2008), p. 257.

7 Cazor y Pfeffer (2009), p. 209.

8 Aldunate (2008), p. 258.

9 Cazor y Pfeffer (2009), p. 209.

los derechos fundamentales serían precisamente objeto de regulación por normas generales y obligatorias que estatuyan las bases de un ordenamiento jurídico, por lo que, atendido el tenor del N° 20 del artículo 60, incluso para aquellos en cuya regulación la Constitución no dispuso explícitamente una reserva, ésta igualmente existiría¹⁰. Los segundos, en tanto, recalcan que para todos aquellos derechos en cuya regulación constitucional no se consagra una reserva, no sería aplicable el aludido artículo 19 N° 26, en la medida que no existiría mandato constitucional alguno de desarrollo por la vía legal, de lo cual se seguiría que ellos perfectamente pueden ser objeto de regulación primaria mediante reglamentos¹¹. Refuerzan este planteamiento con el hecho de que la Constitución tampoco contempla dentro de las materias de ley –contenidas en el artículo 63– la regulación de los derechos fundamentales¹². Previo a analizar la crucial pregunta relativa a si acaso el reglamento puede intervenir en la regulación de derechos fundamentales, es necesario precisar una serie de términos a los que habitualmente se alude al analizar la reserva legal.

1.2. Precisiones terminológicas: reserva de ley. Reglamento de ejecución y reglamento autónomo

De acuerdo a la doctrina más autorizada, por reserva legal se entiende aquel «ámbito excluyente de la potestad reglamentaria autónoma en todos los 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»¹³. Dos son las cuestiones que cabe destacar de esta definición. En primer lugar, que se trata de un ámbito de exclusión de la regulación reglamentaria. Luego, que de dicho ámbito no queda excluida toda la regulación reglamentaria, sino que sólo aquella que emana de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, y para dos hipótesis: (1) todos los casos en que un precepto constitucional encomiende la regulación de una materia a la ley, y (2) en lo que se refiera a las bases esenciales del ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales. Para entender la razón de la exclusión de esta

¹⁰ Ibid., p. 210-211.

¹¹ Aldunate (2008), p. 258.

¹² Ibid., p. 258.

¹³ Ibid., p. 258.

regulación reglamentaria se hace necesario desarrollar someramente ciertos términos, tales como reserva de ley material, reserva de ley formal y, evidentemente, reglamento autónomo –el instrumento a través del cual se materializa el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma.

Por reglamento autónomo se ha entendido tradicionalmente «aquellas normas que fuesen dictadas por la Administración en materias no reguladas por las leyes y sin autorización, remisión o apoderamiento alguno por parte de éstas»¹⁴. En el marco de nuestra Constitución, el Presidente de la República cuenta con la potestad de dictarlos, en virtud del artículo 32 N° 6 de la Constitución. Su relevancia, sin embargo, sólo puede ser comprendida a cabalidad si se considera el tenor del artículo 63, en conformidad al cual sólo son materias de ley aquellas que en seguida lista. Si aquellas, y únicamente aquellas, son las materias de ley, surge la pregunta en relación a cuál norma ha de abordar aquellas materias que no se encuentren comprendidas dentro de dicho listado. Una hipotética alternativa sería la del reglamento de ejecución, es decir, aquel que el Presidente de la República puede dictar cuando lo estime conveniente, para la correcta ejecución de las leyes¹⁵. Sin embargo, dado que por definición no hay ley alguna que ejecutar –ya que la materia no es de aquellas cuya regulación corresponda a la ley–, estas materias sólo pueden ser abordadas por un reglamento autónomo¹⁶.

Más importante aún para nuestros propósitos es la cuestión inversa a la ya analizada: ¿Cuáles reglamentos pueden intervenir en la regulación de aquellas materias establecidas en el artículo 63 de la Constitución? Su respuesta permite comprender a cabalidad por qué se establece ese ámbito de exclusión de la intervención del reglamento autónomo al que ya se ha hecho referencia. Las aludidas materias del artículo 63 sólo pueden ser objeto de regulación (primaria) legal, quedando entregada la regulación (secundaria) de los aspectos de detalle relativos a su implementación al reglamento de ejecución. No podría ser de otra

14 Cordero (2009), p. 424.

15 Véase artículo 32 N° 6 Constitución Política.

16 Es por esto que buena parte de la doctrina considera que la Constitución establece un dominio legal máximo, cuya norma de clausura o límite vendría dada precisamente por el reglamento autónomo. Esta postura se basa en la premisa de que el legislador solo puede regular las materias contenidas en el artículo 63, quedando las demás dentro del ámbito del reglamento autónomo. Con todo, a la luz de la práctica, Cazor (2002), pp. 170-171, y Cordero (2009), p. 433, han demostrado que el legislador puede intervenir en cualquier materia, siempre y cuando lo haga de manera general y abstracta.

forma; esto es, no podrían dejarse estos detalles entregados al reglamento autónomo, en la medida que este es un reglamento independiente, cuyo objeto no es la regulación secundaria de una disposición legal, sino que la regulación primaria de una cierta materia (que no integra el dominio legal). De ahí que la reserva legal excluya la intervención del reglamento autónomo en los dos ámbitos reseñados.

1.3. ¿(Cómo) Puede intervenir el reglamento en la regulación de los derechos fundamentales?

Se ha señalado que (1) la reserva de ley implica un ámbito en el cual la intervención del reglamento autónomo queda excluido, y (2) que el reglamento de ejecución puede regular las materias sujetas a reserva, siempre que lo haga con el propósito de implementar las disposiciones legales que se refieran a éstas. Considerando que la regulación y complemento de los derechos fundamentales es una de estas materias (por tratarse precisamente de una de las varias hipótesis en que, en términos del art. 63 N° 2, la Constitución exige que una materia debe ser desarrollada por una ley), y considerando además la especial vinculación de la reserva de ley con estos derechos explicada anteriormente, se torna crucial determinar hasta dónde puede llegar el reglamento de ejecución al hacerse cargo de la implementación de las disposiciones legales que regulen los derechos fundamentales. Como se verá en la sección tercera, esta es una de las cuestiones más discutidas en la dogmática y jurisprudencia constitucional chilena. Por ahora, interesa explicar la legitimidad de la intervención del reglamento de ejecución en la regulación y complemento de los derechos fundamentales y desarrollar una problemática implicancia que origina. Para ello se hace necesario analizar la relación entre la reserva de ley y la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República.

Como se ha visto, el artículo 63 establece un listado taxativo de materias cuya regulación, con mayor o menor intensidad¹⁷, debe ser realizada por la ley. Por otro lado, el artículo 32 N° 6 de la Constitución le otorga al Presidente de la República la facultad de dictar reglamentos para la ejecución de las leyes. No sólo eso, conforme a la citada disposición, el Presidente puede dictar estos reglamentos «cuando lo crea conveniente». Considerando ambas disposiciones, queda en evidencia que todas

17 Es por ello que entre los numerales del antiguo artículo 60, actual artículo 63 de la Constitución, Cazor (2002) distingue entre mandatos generales y mandatos específicos dirigidos al legislador.

las materias sujetas a reserva por el artículo 63 pueden ser reguladas por un reglamento de ejecución, bastando únicamente para ello que el Presidente de la República lo estime conveniente. Esto permite apreciar cómo la coexistencia de la reserva legal y del reglamento de ejecución genera un riesgo: que el Presidente de la República, por la vía del reglamento de ejecución, regule aquellos aspectos de la respectiva materia que la Constitución ha reservado al legislador. Es precisamente este riesgo el que se encuentra detrás del surgimiento de esta institución y de su acogimiento en el derecho chileno, como se demostrará en la siguiente sección.

2. Surgimiento, evolución y recepción en nuestro derecho de la reserva de ley

La reserva de ley, según lo indica la literatura, surge en dos momentos históricos bien precisos: en la Francia posrevolucionaria y en el derecho prusiano¹⁸. En relación al primero, en aquel contexto histórico se considera al Parlamento como la única fuente de legitimidad y consecuentemente a la ley como norma primaria¹⁹. Consecuentemente, se estima que la ley se encuentra en la base del sistema normativo²⁰. El corolario lógico de todo esto es el total sometimiento del Ejecutivo al imperio de la ley, lo que genera dos importantes implicancias. La primera es la imposibilidad de que el Ejecutivo ejerza potestades discrecionales²¹. En tanto la segunda es la imposibilidad de dictar reglamentos que la ley no autorice (reglamentos independientes)²².

En relación al surgimiento de la reserva de ley en el derecho prusiano, es relevante realizar una precisión. A diferencia de lo ocurrido en Francia, el sistema germánico era uno de doble soberanía²³. En efecto, por un lado estaba el monarca, y por el otro el Parlamento. En ese contexto, se reconocía la supremacía del Parlamento por sobre el monarca; sin embargo, en la eventualidad de que el Parlamento no hubiese regulado una materia, se entendía que el monarca válidamente podía hacerlo²⁴.

18 Cazor (2002), pp. 82-84.

19 Ibid., p. 82.

20 Ibid., p. 82.

21 Ibid., p. 83.

22 Ibid., p. 83.

23 Ibid., p. 83.

24 Ibid., p. 83.

Fue precisamente esto lo que llevó a que se complementara el sistema de doble soberanía con el principio de materias reservadas a la ley; esto es, el principio de que ciertas materias especialmente relevantes para la comunidad política solo podían ser reguladas por el Parlamento²⁵.

Nuestro derecho constitucional parece haber sido especialmente sensible al primero de estos momentos. Ello explica por qué el artículo 28 de la Constitución de 1833 utilizara la frase «solo por ley se puede»²⁶, para referirse a aquellas materias cuya regulación quedaba entregada exclusivamente al legislador. Por el contrario, el segundo no parece haber tenido una especial influencia, si se considera que la Constitución de 1925, no obstante haber sido dictada con posterioridad al establecimiento de esta institución en el derecho germánico, utiliza un lenguaje similar al de su predecesora, al señalar que «solo en virtud de una lei se puede» regular aquellas materias que lista²⁷.

Esto resulta aún más evidente cuando se analiza el N° 12 del artículo 44 de dicha Constitución que, al facultar únicamente a la ley para determinar la restricción temporal de la libertad y el derecho de reunión, señala que fuera de los casos aludidos no resulta posible para ésta restringir o suspender el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura²⁸. En otras palabras, la manera en que se habría de regular el ejercicio de derechos fundamentales, de tan central relevancia en el derecho germánico, no fue objeto de regulación explícita en la Constitución de 1925. Con todo, en la medida que el listado de materias contenido en el artículo 44 no era taxativo, tan solo bastaba con que el legislador regulara el ejercicio de un derecho fundamental para que se entendiera que esta posibilidad quedaba vedada para el Ejecutivo, en cuanto con dicha acción el legislador congelaba el rango de la materia regulada²⁹. Es por esto que se señalaba que la Constitución de 1925 estableció un dominio legal mínimo; esto es, uno cuyo ámbito podía ser constantemente ampliado por el legislador.

Existe, además, un tercer momento que provocará un evidente impacto en la regulación de la reserva de ley que se plasma en la Constitución de 1980. Se trata del establecimiento de dos tipos de reglamentos, uno de ejecución y otro autónomo, en la Constitución Francesa de 1958. Estas

25 Ibid., pp. 83-84.

26 Véase artículo 28, Constitución Política de 1833.

27 Véase artículo 44, Constitución Política de 1925.

28 Véase artículo 44, número 12, Constitución Política de 1925.

29 Cordero (2009), p. 417.

dos categorías son posteriormente recepcionadas en la Constitución de 1980, lo que trae como consecuencia un cambio de paradigma en relación a la reserva de ley, nítidamente ilustrado por el lenguaje que utiliza el texto constitucional al regularla. Efectivamente, alterando la lógica imperante en el sistema anterior, en la que, como se ha visto, existía un dominio legal mínimo, la Constitución de 1980, al regular la reserva de ley, señala que «solo son materias de ley» aquellas que, de manera más o menos taxativa, lista. Consecuentemente, todas aquellas materias que no se encuentran dentro de ese listado pueden ser reguladas por el reglamento autónomo. Esto trae una importante implicancia para la regulación de los derechos fundamentales: la imposibilidad absoluta de que éstos puedan ser regulados por medio del reglamento autónomo. Lo anterior, por cuanto éstos constituyen una de esas varias materias que la Constitución exige que sean reguladas por una ley (art. 63 N° 2 CPR).

Con todo, si bien esto despeja absolutamente una duda –si acaso el reglamento autónomo puede intervenir en la regulación de derechos fundamentales–, deja abierta otra. Como se ha visto, se trata de la relativa a la intensidad con que el reglamento de ejecución puede acometer la regulación de derechos fundamentales. Es esta una duda que hasta la fecha no ha podido ser del todo resuelta por la doctrina, como tampoco por la jurisprudencia. A su análisis nos adentramos a continuación.

3. La reserva de ley ante la doctrina y jurisprudencia

Como se ha señalado, lo que caracteriza a la reserva de ley es que se trata de un ámbito en el cual no cabe la intervención del reglamento. En ese espacio reservado a la ley queda totalmente excluida la actuación del reglamento autónomo, y en determinadas hipótesis, la del reglamento de ejecución. Para que este último sea el caso, debe darse el supuesto de que la regulación legal que el respectivo reglamento ejecuta carezca de densidad normativa, de forma tal que, en los hechos, la regulación reglamentaria pasa a ser la norma primaria. Con todo, el juicio en cuanto a la suficiencia de la densidad normativa de una disposición es uno de grado, y por tanto, muy difícil de formalizar de antemano. A la vez, dicha evaluación frecuentemente envuelve consideraciones políticas, en la medida que mientras más extenso es ese ámbito en el cual solo cabe la regulación del legislador, más reducida es la potestad reglamentaria de ejecución de la administración de turno.

A continuación se describe cómo se ha enfrentado esta problemática por nuestra doctrina y jurisprudencia. Para facilitar la comprensión de

las diversas posturas que existen en la doctrina, distinguiremos entre aquellas de carácter dogmático y las de naturaleza funcional. Ambas buscan dilucidar la extensión de ese ámbito normativo al que se refiere la reserva de ley. Lo que las diferencia es su enfoque. Mientras las primeras fundan su interpretación únicamente en el texto constitucional, las segundas también consideran factores contextuales (como la estructura y finalidad de la legislación en la actualidad).

3.1. La reserva de ley ante la doctrina³⁰

En un texto cuyo objeto es precisamente la dogmática de los derechos fundamentales, Aldunate analiza la reserva de ley desde la perspectiva de la relación de esta institución con éstos. Nuestro autor señala que la reserva de ley es un límite a la facultad de afectar derechos fundamentales, y por tanto, una garantía para los derechos³¹. Esto, en dos sentidos: (1) porque la regulación de ciertas materias a través de normas legales generales y abstractas evita una actuación caso a caso, y (2) en la medida que garantiza que las normas que regulan estos derechos emanen todas de la voluntad general, lo que asegura su justicia, por cuanto resulta difícil pensar que en ejercicio de esta voluntad se dicten normas en perjuicio de quienes la componen³². Con todo, el propio Aldunate reconoce que la realidad política moderna refuta la sofisticada construcción anteriormente explicada³³. Pero, sin perjuicio de lo anterior, argumenta que lo más razonable es que los aspectos sustantivos de la regulación subconstitucional queden entregados al proceso legislativo³⁴.

De manera concordante con lo que se ha señalado, Aldunate estima que la cuestión fundamental en torno a la reserva de ley es determinar la intensidad con que la ley debe regular una materia para acotar la intervención del reglamento en ella. Analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala que hasta el año 2006, la intensidad con la que el legislador debía acometer la regulación de un derecho

³⁰ En esta sección se analizarán solo algunas de las tesis que la doctrina ha elaborado sobre este punto. Otras pueden ser consultadas en Rajevic (1996), pp. 33-35; Carmona (2002); Pierry (1991), p. 82; Cordero (2005), pp. 448-449.

³¹ Aldunate (2008), p. 257.

³² Ibid., p. 257.

³³ Ibid., p. 257.

³⁴ Ibid., p. 258.

fundamental dependía del derecho que se tratara³⁵. Esto, por cuanto la Constitución contendría varios tipos de reservas, cada una de las cuales demanda diversos estándares de densidad normativa por parte del legislador³⁶. Como se explicará posteriormente, esta es la tesis de la intensidad de la reserva, elaborada por el actual ministro del Tribunal Constitucional, Gonzalo García Pino, cuyo análisis detallado se hará en algunos párrafos más adelante. De acuerdo a Aldunate, el Tribunal Constitucional abandona dicha tesis en el 2006, al declarar la plena constitucionalidad de una norma infralegal (específicamente, una orden) que regulaba el derecho a desarrollar una actividad económica³⁷.

Otro autor con una postura bien marcada sobre este punto es Fernandois. Aseverando que si bien la reserva de ley opera en una serie de materias y es especialmente intensa en materia económica, coincide con Aldunate en señalar que se trata de una garantía que cede en favor del individuo³⁸. Esto, en la medida que asegura que la norma regulatoria surja del debate legislativo, lo que torna probable su racionalidad, junto con garantizar su transparencia y la existencia de adecuados contrapesos³⁹. Cuestiones estas que no garantizan el procedimiento administrativo, en la medida que se trata de uno «deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente [...] y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa»⁴⁰. Pero hay más, nuestro autor añade que en comparación al legislador, la administración enfrenta un mayor riesgo de captura por intereses privados⁴¹.

Consecuentemente, Fernandois elabora una propuesta operativa precisa para la reserva de ley, que sin desatender a la realidad en que esta institución opera, sea fiel a la Constitución. De esta manera entonces, señala que la ejecución administrativa de la ley que regule alguna actividad económica puede conllevar cierto tipo de regulación –siempre que ésta última se entienda como «ajustar a regla o someter a reglamentación»–, pero sin que la norma ejecutora jamás pueda imponer

35 Ibid., p. 258.

36 Ibid., p. 258.

37 Ibid., p. 261.

38 Fernandois (2006), p. 151.

39 Ibid., p. 152.

40 Ibid., p. 153.

41 Ibid., p. 153.

parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más gravosas o dificultosas que aquellas previamente impuestas por la ley⁴². Todas estas limitaciones a la ejecución de la norma derivarían de su esencia, de aquello que las separa de la regulación⁴³. Como se puede apreciar, en una concesión pragmática nuestro autor está dispuesto a tolerar que el reglamento regule, pero al costo de vaciar buena parte del contenido de la regulación. En efecto, de acuerdo a la noción de regulación propuesta, ella jamás puede innovar en el conjunto de parámetros, requisitos, formalidades y otros aspectos que originalmente ha establecido el legislador.

En la misma línea de conjugar el texto constitucional con la aplicación práctica de esta garantía, pero reconociendo un espacio de intervención más amplio a la potestad reglamentaria en la ejecución de la ley, se encuentra la propuesta de García. Esta se elabora a partir del texto mismo del artículo 19 de la Constitución Política⁴⁴, y fundamentalmente del numeral 26, que se refiere a las disposiciones legales que regulen, complementen, y –en los casos que la carta fundamental lo autorice– limiten derechos fundamentales. Concordantemente, la propuesta de García se estructura a partir de la distinción entre varios tipos de reservas, a saber: regulatorias; complementarias; limitativas y negativas –la única categoría que en vez de desprenderse del artículo 19 N° 26, lo hace de otros numerales del artículo 19⁴⁵–. Dependiendo del tipo de reserva que se trate, y del grado de afectación del respectivo derecho, en relación con la materia o complejidad de la reserva⁴⁶, diverso es el rol que le cabe al reglamento de ejecución, según se explica a continuación.

Partamos primero por el caso de las reservas complementarias; éstas tienen por objeto desarrollar en mayor detalle un derecho cuyo núcleo lo define la Constitución⁴⁷. Lo que diferencia a las reservas complementarias de las regulatorias es que en las primeras la regulación accesorio contenida en la norma legal brinda completitud, hace autosuficiente la regulación del derecho, en el sentido de que, en conjunto, la norma constitucional complementada y la legal que la complementa permiten

42 Ibid., p. 163.

43 Ibid., p. 163.

44 García (2004).

45 Ibid., p. 170.

46 Ibid., p. 171-172.

47 Ibid., p. 173.

saber con certeza el supuesto de hecho al cual la primera resulta aplicable y las consecuencias que se siguen de su aplicación⁴⁸. En cuanto a las regulatorias, éstas tienen por objeto configurar el ejercicio de un derecho, pero siempre dentro del marco de los fines y objetivos que la Constitución le establece⁴⁹. Por su parte, el propósito de las limitativas es fijar los contornos del derecho en cuestión⁵⁰. Finalmente, las negativas constituyen verdaderas prohibiciones de intervención para el legislador, que resultan necesarias para la adecuada protección de un derecho⁵¹.

Atendidas las diferencias entre todas estas reservas, diverso es el rol que le cabe a la potestad reglamentaria de ejecución en la regulación de los derechos a las que se refieren. Tratándose de las complementarias, éstas admiten una participación menor del reglamento, en cuanto es la ley la llamada por la Constitución a efectuar el complemento⁵². Lo propio sucede con las limitativas⁵³. Inversamente, las regulatorias dejan más espacio para la intervención reglamentaria⁵⁴. Por último, tal como sucede con la ley, es nulo el espacio de intervención del reglamento en la regulación de las materias sujetas a una reserva negativa⁵⁵. En suma, de acuerdo a García, cuánto puede intervenir el reglamento de ejecución en los derechos fundamentales, dependerá del tipo de reserva que la Constitución utilice al regular el derecho de que se trate, como asimismo de la hipótesis precisa de regulación del derecho que se encuentre en juego (lo que García denomina el grado de afectación del derecho)⁵⁶.

Por otro lado, Cazor, quizás el autor más prolífico en la literatura nacional relativa a este tema, ha enfatizado que mediante la reserva de

48 Ibid., pp. 173-174. Un ejemplo paradigmático de este tipo de reserva sería el artículo 19 N° 7, letra f, que dispone: «En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley», García (2004), p. 175.

49 García (2004), p. 189. Un ejemplo paradigmático de este tipo de reserva sería el artículo 19 N°1, inciso 2º, que dispone: «La ley protege la vida del que está por nacer», García (2004), p. 191.

50 García (2004), p. 178.

51 Ibid., p. 192.

52 Ibid., p. 173.

53 Ibid., p. 183, 184-186.

54 Ibid., p. 190.

55 Ibid., p. 194.

56 Ibid., p. 170-172.

ley la Constitución de 1980 estructura una distribución de competencias más teórica que real, basada en la reserva material⁵⁷. Esto propicia una diversidad de reservas y una multiplicidad de combinaciones entre éstas, lo que lleva a que en la relación entre ley y reglamento, no sólo haya que considerar el principio jerárquico, sino que también el de competencia y el de control⁵⁸. Lo anterior dificulta poder tener una visión de conjunto sobre esta institución⁵⁹. Consecuentemente, Cazor argumenta que la reserva legal carece de la funcionalidad necesaria para articular las relaciones entre el Congreso y el Ejecutivo⁶⁰. Por todo lo anterior, concluye que en la Constitución de 1980 se evidencia una debilidad teórico-regulatoria en el tratamiento de la reserva de ley⁶¹.

Con todo, más allá de las deficiencias antes reseñadas, nuestro autor enfatiza que algo debe hacerse para que esta garantía resulte funcional para articular las relaciones entre ley y reglamento. Para ello, hay que armonizar dos elementos que en principio pueden parecer contradictorios. Por una parte, que la protección de los derechos siempre requiere algún nivel de intervención por parte de la administración para asegurar su implementación⁶². Por la otra, el hecho de que la reserva de ley actúa contra el legislador, en el sentido de que lo obliga a regular con la densidad suficiente los derechos fundamentales⁶³. La preservación de este delicado balance implica evitar interpretaciones extensivas de la reserva de ley⁶⁴. Una propuesta para articularlo se desarrolla en la postura funcionalista que se describe a continuación.

En el Estado administrativo moderno, se ha producido una mutación en la manera de entender el rol de la administración. Ya no resulta posible seguir entendiendo a esta al modo de la correa transmisora mediante la cual el legislador hace llegar su voluntad a la administración⁶⁵. Esto surge como consecuencia de la necesidad de cumplir el objetivo básico de toda

57 Cazor y Pfeffer (2009), p. 226.

58 Ibid., p. 226.

59 Ibid., p. 57.

60 Ibid., p. 57.

61 Ibid., p. 57.

62 Ibid., p. 199

63 Ibid., p. 199

64 Ibid., p. 199

65 Stewart (1975).

ley: ser efectiva⁶⁶. De forma tal, que se plantea la siguiente pregunta para la reserva de ley: ¿podemos seguir entendiéndola como la necesidad de que el legislador, por sí mismo, aborde la regulación de una determinada materia, si ello trae como consecuencia que finalmente la norma legal resulte inefectiva? Puesto de otro modo, ¿sacamos algo con pretender que la ley, de forma exclusiva, regule un derecho, si eso puede llevar a que, en la práctica, por presentarse una situación no prevista por el legislador, se carezca de la posibilidad de intervenir en protección de este derecho, u otros que puedan colisionar con él, y con ello se acabe afectando a éste o a los otros? ¿Acaso esto no traiciona la finalidad misma de la reserva de ley, que no es otra que garantizar derechos?

Es por estas razones que se requiere repensar qué se entiende porque sea la ley la que regule una determinada materia. La manera tradicional de responder a esta pregunta, criticada en el párrafo anterior, es que la misma ley establezca la regla de conducta que debe adoptar el particular imperado por la norma. Una respuesta alternativa es entender que, dados los costos que puede traer para la protección del mismo derecho sujeto a reserva, así como para la de otros, la ley ha de contener los elementos que permitan orientar la decisión (tales como la finalidad, la descripción abstracta del supuesto de hecho y eventualmente el procedimiento) de aquel que deberá implementarla, teniendo a la vista los supuestos fácticos donde corresponderá aplicarla: el Ejecutivo. El planteamiento tradicional se basa en la premisa de que la ley debe ser lo más transitiva posible —debe contener la regla de conducta precisa que el mecanismo de implementación (la administración) puede aplicarle al destinatario final de la norma⁶⁷—. En tanto el alternativo, por el contrario, considera que la ley debiese ser no transitiva —debiera ordenar al órgano encargado de la implementación de la ley que desarrolle aquella norma que será aplicable a los destinatarios finales⁶⁸—. Si bien con esta alternativa se pierde certeza *ex ante*, no sólo se gana en certeza *ex post*⁶⁹, sino que también en la protección del mismo derecho sujeto a reserva y de otros, como se verá a continuación.

66 Ibid., p. 140.

67 Ibid., p. 130.

68 Ibid., p. 130.

69 En la medida que al ser posible para la administración determinar el contenido de la norma, se elimina la posibilidad de que ella adecúe la decisión adoptada por el legislador a las circunstancias, o bien que éstas queden desreguladas por no estar la administración dispuesta a realizar este ejercicio interpretativo que difícilmente es conciliable con la ley en cuestión.

3.2. La reserva de ley ante la jurisprudencia: Un (fallido) intento por trazar límites dogmáticos a la lucha política por un espacio de intervención regulatoria⁷⁰

El Tribunal Constitucional ha controlado recurrentemente la constitucionalidad de decretos supremos⁷¹. De acuerdo a una de las últimas investigaciones realizadas sobre la materia, los parlamentarios han utilizado asiduamente la posibilidad que les otorga la Constitución de impugnar la constitucionalidad de decretos supremos presentando requerimientos⁷². La habitualidad con que ejerce esta actividad, sin embargo, no ha traído consigo consistencia en cuanto a la fundamentación de las sentencias. Esto ha llevado a alguna literatura a referirse a la jurisprudencia sobre esta materia como una propia de la justicia del cadí⁷³. En los próximos párrafos se describe el itinerario que hasta la fecha ha seguido esta jurisprudencia.

Una primera cuestión a notar aquí es una de contexto. La primera jurisprudencia sobre reserva legal se produce en aquel propio del retorno de la democracia, donde, por un lado, para la coalición gobernante no es viable aprobar leyes que alteren el statu quo en el congreso, y por otro, la oposición es sumamente desconfiada de cualquier intervención por la vía reglamentaria. Dentro de este estado de cosas, la jurisprudencia se muestra reacia a la intervención del reglamento en las materias sujetas a reserva⁷⁴. Posteriormente, flexibiliza su postura sobre la legitimación de la participación del reglamento en materias sujetas a reserva. A partir de ese momento, opta por centrar su análisis en la intensidad con la que el reglamento puede intervenir en la regulación de la materia sujeta a reserva⁷⁵. Para ello se basa de manera más o menos explícita en la premisa que en aquellas materias relativas a derechos fundamentales sólo es posible una intervención de baja intensidad⁷⁶, con lo que sigue evidenciando una cierta hostilidad hacia el ejercicio de la potestad reglamentaria. En los últimos años, aun cuando ya no se

⁷⁰ Esta sección se basa en Guilloff (2012), pp. 141-143.

⁷¹ Sobre el control del ejercicio de la potestad reglamentaria, véase Capítulo XII, sección 4.

⁷² Carmona (2010), p. 56.

⁷³ Zúñiga (2001).

⁷⁴ Carmona (2001), pp. 154-155.

⁷⁵ Carmona (2001).

⁷⁶ STC Rol N° 370-03.

discute la intervención de la potestad reglamentaria en estas materias, ese recelo por la intervención del reglamento en las materias sujetas a reserva ha llevado al desarrollo de una jurisprudencia altamente casuística, en la que los test elaborados por el propio Tribunal no se aplican consistentemente e incluso, si la fundamentación del resultado lo requiere, se crean unos nuevos⁷⁷, o derechamente se desconocen aquellos que previamente han aplicado a situaciones del todo análogas⁷⁸.

Con todo, si se considera la manera en que la Constitución regula la distribución de competencias en la materia entre el legislador y el ejecutivo, esa inconsistente y altamente casuística adjudicación no es para nada sorprendente. Como se ha señalado, el ámbito de la ley y de ambas vertientes de la potestad reglamentaria no queda del todo claro en la Constitución. Por eso le resulta tan difícil al Tribunal Constitucional mantener la consistencia al adjudicar casos sobre esta temática; es que donde la normativa a aplicar no tiene sus contornos del todo delimitados, es muy difícil que el aplicador opere de manera consistente. Puesto en términos sencillos, una vez que –con razón– se acepta la intervención del reglamento en esquemas regulatorios que abordan materias sujetas a reserva⁷⁹, la cuestión relativa a hasta qué punto puede llegar el reglamento es una de grado, que no puede resolverse sino por referencia a los hechos concretos del caso en donde se presenta la cuestión. Uno de éstos, al cual cabe asignarle especial importancia, es al contexto político en que se presenta la disputa competencial entre la potestad normativa del legislador y la del ejecutivo.

Precisamente, como se ha señalado, la reserva de ley se caracteriza por ser un ámbito de regulación normativa en el cual la intervención de la

77 Ese parece ser el caso de los fallos ISAPRE y TV Digital Si se quisiese articular un hilo coherente, este sería que, aun cuando el Tribunal Constitucional acepta que el reglamento intervenga en la regulación de materias sujetas a reserva, esa aceptación parece ser menor a la que existía hace algún par de años. Razonamiento que demuestra el hecho de que en ISAPRES, no obstante no tratarse de un caso de potestad reglamentaria de ejecución sino de ejercicio de potestad normativa estatutaria, el Tribunal Constitucional haya estimado vulnerada la reserva en relación a la vulneración de una materia en la cual la exigencia constitucional es más laxa, y que en TV Digital, el Tribunal Constitucional, para fundamentar la no vulneración, no haya articulado estándar teórico alguno que explique esa decisión. Véase STC Rol N° 1710-10 y STC Rol N° 1849.

78 Compárese STC Rol N° 2644-2014 con STC Rol N° 2684-14.

79 Esto es, en términos de Carmona, una vez que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre reserva de ley se abandona el estadio de la legitimidad y se pasa al de la intensidad. Véase Carmona (2001), pp. 154-155.

potestad reglamentaria queda excluida. Aun cuando para el reglamento de ejecución esta exclusión no opera en los términos absolutos con que lo hace respecto del reglamento autónomo, se estima que ciertos aspectos de la regulación de la materia sujeta a reserva necesariamente deben quedar a cargo de la ley. Al no estar precisamente determinados estos últimos, siempre resultará posible *prima facie*, argumentar que un reglamento de ejecución se ha inmiscuido en ellos. Más todavía si esta duda se plantea en un contexto político en el cual toda alteración posible al statu quo es más o menos resistida mediante los diversos mecanismos de contrapesos que establece la Constitución. Esto deja en evidencia que lo que subyace a la reserva de ley es una disputa política por la adecuada configuración de un espacio de intervención regulatoria que la Constitución no configura adecuadamente.

Por último, este recuento jurisprudencial debe necesariamente llevar a recalcar lo difícil que resulta para todo sistema jurídico fijar contornos entre el ámbito de intervención de la ley y aquel del reglamento. Considérese para estos efectos la doctrina *non-delegation* en Estados Unidos. Ésta impone límites sobre la autoridad del Congreso de delegar la potestad legislativa, todo ello en consideración a que la Constitución lo ha reservado al Congreso. En términos específicos, esta doctrina establece que toda delegación a la administración debe contener un principio inteligible, que permita orientar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa del respectivo órgano administrativo⁸⁰. Con todo, ella sólo se aplicó dos veces, y en un contexto muy particular: la constitucionalmente conflictiva instalación del New Deal⁸¹.

El recientemente fallecido juez de la Corte Suprema, el conservador Antonin Scalia, ha explicado la escasa aplicación de esta doctrina, señalando que aun cuando la cuestión de la delegación inconstitucional es, sin duda alguna, un elemento fundamental del sistema estadounidense, no es un límite que se preste para ser implementado por las Cortes⁸². Es por esto que, en vez de centrar su análisis en la naturaleza legislativa de la potestad ejercida por la administración, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos lo ha hecho en el ejercicio de esta potestad, verificando si estaba autorizado por ley y si el resultado del mismo es

80 Véase Stone et al. (2005), p. 418.

81 Véase Corte Suprema de los Estados Unidos, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) y Corte Suprema de los Estados Unidos, *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

82 Véase Corte Suprema de los Estados Unidos, *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989), voto de minoría del juez Antonin Scalia.

una interpretación permisible de la respectiva ley⁸³. La renuncia de la Corte Suprema de Estados Unidos a aplicar la doctrina *non-delegation* debiera traer luces a la adjudicación constitucional en materia de reserva de ley en Chile; en particular, ilustrando que el abandono de la utilización de categorías formales, como lo que constituye función legislativa o ejecutiva, no tiene por qué llevar aparejado una pérdida de control sobre la administración, el cual se puede seguir realizando, pero en base a parámetros funcionales que asuman la necesidad de la colaboración entre ley y reglamento. De lo contrario, pueden seguirse resultados que paradójicamente resultan atentatorios contra los mismos propósitos de la reserva de ley, como los que se describen a continuación.

4. Crítica: Algunas paradojas que producen las visiones dogmáticas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la protección de los derechos fundamentales

Hasta ahora, hemos visto que la reserva de ley constituye un ámbito donde la intervención de la potestad reglamentaria autónoma queda totalmente excluida, y en el que la de ejecución se encuentra permitida, siempre y cuando su rol se limite a esto: ejecutar la norma legal primaria. Si bien la doctrina revisada no es uniforme en cuanto a lo último, la mayoría de las tesis revisadas, con la excepción de aquella de Cazor y la mía, recalcan la limitada procedencia del reglamento de ejecución en la regulación de materias relativas a los derechos fundamentales. Lo mismo sucede con la jurisprudencia: se acepta, aunque sólo hasta un cierto punto, la intervención de la potestad reglamentaria de ejecución en estas materias. En las líneas que siguen se demostrarán ciertas paradojas que se generan a partir de estas concepciones que le otorgan un limitado rol a la potestad reglamentaria de ejecución en el desarrollo de los derechos fundamentales. Todo ello con el objeto de dejar en evidencia la necesidad de repensar la manera en que entendemos la reserva de ley, como se analizará en la última sección.

4.1. El carácter general y abstracto de la ley y la imprevisibilidad de sus supuestos de aplicación

De acuerdo a la manera en que ha sido tradicionalmente expresada, la reserva de ley se erige en una garantía para el individuo, en cuanto asegura que la administración solo podrá intervenir en sus derechos

83 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

fundamentales si la ley explícitamente lo autoriza. Sin embargo, esto sólo le resulta beneficioso si se produce un supuesto cuya concurrencia no puede darse por sentada: que esa autorización para la intervención administrativa que establece la ley sea capaz de prever con exactitud los supuestos en que corresponderá aplicarla, sin que falte ni sobre ninguno. Como es evidente, es estructuralmente improbable que se dé el supuesto anterior, dadas las características de generalidad y abstracción que presentan las disposiciones legales. Éstas, como hemos señalado, garantizan un tratamiento igualitario de las diversas situaciones reguladas por la ley. Sin embargo, esto es sólo en principio; pues en su generalidad y abstracción, las disposiciones legales son necesariamente ciegas a algunos de los supuestos en los que corresponderá aplicarlas a futuro. Frente a éstos, aquellas disposiciones pueden resultar ser sobre o infra-inclusivas; vale decir, se aplican a más supuestos de los que debieran, o bien dejan afuera algunos de éstos que no deberían estarlo.

Algunos ejemplos pueden ilustrar estos problemas de sobre o infra-inclusividad normativa⁸⁴. Para ilustrar los primeros, considérese la situación de la patente por no uso, un mecanismo que tiene por objeto incentivar que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas hagan uso efectivo de éstos⁸⁵. Salvo para las excepciones que taxativamente contempla, el Código de Aguas hace aplicable dicho instrumento a todos los derechos de aprovechamiento, aun cuando esos derechos no se usen para fines extractivos. Esto último es lo que sucede con aquellos derechos que algunas municipalidades solicitan para velar por la conservación del respectivo curso de agua⁸⁶. Como se puede apreciar, el legislador no previó esta situación, y lo que acaba sucediendo es que a aquellos titulares de derechos de aprovechamiento de aguas se les cobra igualmente la patente, no obstante que su decisión de no utilizar éstos no obedece a fines especulativos, que son precisamente los que este instrumento quiso desincentivar. Esta situación se pudo haber evitado fácilmente; para ello solo bastaba que el legislador reenviara al reglamento de ejecución la determinación de las hipótesis de no uso cuya finalidad no se consideraría especulativa.

Por otro lado, en lo que concierne a la infra-inclusividad, ella se origina allí donde al pretender establecer con precisión sus supuestos de

84 Estos problemas son el objeto de la literatura sobre reglas y estándares, véase a Diver (1983); Schauer (1991); Kaplow (1992); Sunstein (1995).

85 Ver Historia Legislativa Ley N° 20017.

86 Este ejemplo se toma de Valenzuela (2014), pp. 336-342.

aplicación, la disposición legal excluye ciertas hipótesis en las que ésta correspondería. Es precisamente el problema de la infra-inclusividad normativa el que ha llevado al Tribunal Constitucional a relativizar la aplicación del principio de tipicidad a las sanciones administrativas⁸⁷. Es que en una sociedad tan compleja y variable como la actual, resulta imposible que el legislador pueda prever de antemano todos los supuestos en que pueda verse amenazada esa finalidad pública que pretende resguardar mediante el otorgamiento de potestades a la administración. De ahí que se señale que la tipicidad tiene costos y que consiguientemente se justifique la colaboración del reglamento en el complemento de la ley sancionatoria⁸⁸. De procederse de otra manera, se le impondría al legislador una carga imposible de sobrellevar; no solo porque difícilmente podría prever todas las situaciones que con la tecnología, dinámica de mercado y geopolítica actual se podrían presentar, sino que tampoco aquellas que se presentarán cuando todos estos parámetros de referencia cambien.

Sea que se produzca el primer o el segundo problema, se terminarán afectando derechos; aquel a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los habitantes de la respectiva comuna, en el primer caso, y el que el legislador ha querido resguardar mediante el establecimiento de deberes de conducta sancionables, en el segundo. No solo eso, la pretensión de establecer de antemano todos los supuestos en que se podrá intervenir en un derecho fundamental, puede afectar incluso ciertas hipótesis de ejercicio del mismo derecho que se busca proteger legislando de esta manera. Esto es lo que puede suceder cuando se pretende que en la misma ley se establezcan las hipótesis en que el uso de una propiedad pueda causar molestia o daño a las vecinas. Dado que lo que es molesto o nocivo es algo altamente variable, cualquier intento de determinación legislativa de estos términos muy probablemente dejará afuera ciertas conductas que evidentemente producen estos efectos, afectando consiguientemente el derecho de los propietarios vecinos. Es por ello que resulta exagerado afirmar, como lo hace el Tribunal Constitucional, que la falta de predeterminación legal de estos términos afecta el derecho a la propiedad privada⁸⁹. Al menos para el caso de los propietarios vecinos de la industria que genera molestia o daño, la situación es precisamente la inversa: la vaguedad

87 Véase STC Rol N° 480, cons. 13° a 21°.

88 Letelier (en prensa).

89 Véase STC Rol N° 2684-14, cons. 17°, 20° y 27°.

de estos términos, con el consiguiente deber de la administración de ir precisándolos a la luz de los cambios tecnológicos, científicos y climáticos, es una garantía de que su propiedad no se verá afectada por el uso abusivo de otra.

4.2. La especificidad de la ley y la influencia en el proceso legislativo de los diversos intereses⁹⁰

Además del problema antes reseñado, el que el reglamento de ejecución se vea impedido de colaborar en la articulación de un esquema regulatorio también genera un incentivo perverso. La comprensión de este punto requiere analizar las consecuencias que se derivan del postulado que la ley debe determinar con precisión todas las hipótesis de incidencia en un derecho fundamental. Para que este último sea el caso, es necesario que los supuestos de aplicación de una determinada disposición legal, así como los sujetos obligados por la misma, los determine taxativamente la ley. Si esto es así, se sigue que la norma legal determina con exactitud a quienes se les aplica, así como aquellos que quedan exentos de su aplicación.

De esta forma, el quedar incluido, o quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma, se torna en una determinación crucial. Siendo así las cosas, surge para los potencialmente afectados por el cambio legal el incentivo de tratar de incidir en la aprobación de la norma, de manera de quedar fuera de su ámbito de aplicación⁹¹. De ser exitosa, esta influencia en el establecimiento de la norma viene a costo del cumplimiento de sus objetivos. La experiencia de la reforma de 1977 a la Ley de Aire Limpio (*Clean Air Act*), en Estados Unidos, ilustra con nitidez el punto. En dicha ley se reguló en detalle el tipo de tecnología que debían utilizar las fuentes contaminantes para reducir sus emisiones. Paradojalmente, ésta no resultó ser otra que aquella que favorecía a los mayores productores de carbón⁹². Como se puede apreciar, la especificidad en la regulación llevó a que esta terminara favoreciendo intereses contrarios a su objeto de protección.

Se podría señalar que esta argumentación se basa en un supuesto equivocado: que el riesgo de captura de la administración es menor a aquel del Congreso. Frente a ello, no puede sino señalarse que la réplica parece ser correcta —por regla general, es más probable la captura de

⁹⁰ Esta sección se elabora a partir de Guiloff (2011).

⁹¹ Guiloff (2011).

⁹² Véase Ackerman (1981).

la administración que la del legislador—. Sin embargo, como el tema relevante aquí no es la captura misma, sino que la adecuada protección de los derechos fundamentales, esa crítica no resulta relevante. Ello, en la medida que si bien la captura de la administración es *más fácil* que la del legislador, es esta última la que, por las propias características del proceso legislativo, resulta *más duradera*. De esta forma, entender la reserva legal como un impedimento de la colaboración del reglamento de ejecución en la articulación de un esquema regulatorio, acaba por generar un nefasto incentivo para aquellos titulares del derecho fundamental cuya regulación se encuentra en debate, que tengan posibilidades efectivas de incidir sobre el proceso legislativo. Éste consiste en pretender moldear hasta los últimos detalles del esquema legal en debate a su conveniencia, a través del uso de un lenguaje sumamente preciso, privilegiando su derecho en desmedro de los otros con los que pueda colisionar. De lograrse este propósito, resultará sumamente complicado armonizar adecuadamente los derechos en conflicto, por cuanto la disposición legal dejará un escasísimo margen de actuación a la administración para ese propósito y la ley que la contiene difícilmente podrá ser modificada, atendiendo los numerosos obstáculos que la Constitución establece para trabar el proceso legislativo⁹³.

4.3. El traslado de la discrecionalidad administrativa a actos administrativos sujetos comparativamente a menor control (instrucciones, circulares, oficios y actos administrativos particulares)

Un tercer problema que genera el recelo hacia la intervención del reglamento en la regulación de la materia sujeta a reserva, es que, contrariamente a lo que se pudiera pensar, ello aumenta la discrecionalidad administrativa. Para una adecuada comprensión de este punto es necesario articular claramente la conexión entre reserva de ley y discrecionalidad administrativa. Como se ha señalado, el que sea la ley la que pre-configura la decisión a adoptar en la materia sujeta a reserva —la pretensión que subyace a la postura tradicional en esta materia—, supone que al momento de regular estas materias, el legislador se valga únicamente de legislación transitiva (recuérdese que una norma es transitiva si para ser aplicada no requiere de desarrollo ulterior por la administración y es intransitiva cuando precisa de dicho desarrollo). Pues bien, la discrecionalidad es la otra cara de la moneda de la

93 Véase Atria (2013).

transitividad; mientras menos transitiva es una disposición legal, más discrecionalidad entrega al organismo encargado de implementarla⁹⁴. Por el contrario, si la disposición legal es altamente transitiva, menos es la discrecionalidad que se otorga al órgano administrativo.

De esta manera, en concordancia a lo indicado anteriormente, si—dado el carácter no transitivo de una disposición legal— el reglamento puede intervenir de forma más intensa en la regulación de la materia sujeta a reserva, existiría una mayor posibilidad de actuación discrecional por parte de la administración del Estado. Con todo, las cosas son algo más complejas. Asumiendo que la disposición legal no contiene todas las directrices que permitan implementar la regla con que deben cumplir los destinatarios finales de la regulación, en caso que se estime que vulnera la reserva legal que el reglamento de ejecución las establezca, alguien igualmente debe implementar la regla⁹⁵. Naturalmente, son dos las alternativas para ese alguien: la propia administración del Estado, a través de normas de inferior jerarquía que el reglamento, o un tribunal de justicia⁹⁶. Es la primera de éstas hipótesis la que interesa para nuestro análisis⁹⁷.

El solo hecho de que se estime improcedente la intervención del reglamento de ejecución en la materia sujeta a reserva, no hace desaparecer la necesidad de implementar la disposición legal en cuestión. Pero habiéndose perdido la oportunidad de que lo haga el reglamento, esta disposición tendrá que ser implementada por actos administrativos de efectos singulares, careciendo de la orientación que una regulación general, como la contenida en el reglamento, pudiera haber otorgado. No sólo eso, paradójicamente habrá también una pérdida en control jurídico y político.

Veamos primero el punto relativo al control jurídico, mientras el reglamento necesariamente debe ir a Toma de Razón, la regla general es que, salvo que se materialice en un decreto supremo, el acto administrativo de carácter singular se encuentre exento del mismo⁹⁸. Por otro lado, hay una merma también en cuanto al control político, porque mientras aquel decreto supremo en que se contiene el reglamento de ejecución debe

94 Guilloff (2012).

95 Véase Correa (2004).

96 Correa (2004).

97 Sobre la superioridad normativa de la administración sobre los jueces para implementar la ley, ver Sunstein (1990).

98 Véase a Cordero (2007).

contar con la firma del Presidente de la República (y la del respectivo ministro de Estado), la resolución o decreto simple mediante la cual se acabe implementando la disposición legal no requiere de ésta⁹⁹. Lejos de constituir una mera formalidad, esta firma cumple una función bien precisa: controlar que dentro de la Administración del Estado, la ley se implemente de acuerdo a los criterios definidos por el Presidente de la República. De esta forma, puede apreciarse que al impedir que la materia sujeta a reserva sea regulada por el reglamento de ejecución no se elimina la discrecionalidad, sino que simplemente se traslada hacia una forma de actuación de la administración sujeta a mucho menos control que el reglamento de ejecución¹⁰⁰.

5. Propuesta: la reserva de ley en el Estado administrativo moderno

Hasta ahora se ha señalado que en lo relativo a la regulación de determinados derechos fundamentales, la Constitución le asigna la potestad normativa al legislador. Sin embargo, de que esto sea así, no necesariamente se sigue que el legislador puede ser el único que intervenga en la regulación de éstos. Esto torna en crucial la interrogante relativa de hasta dónde puede llegar el reglamento de ejecución en la regulación de los derechos fundamentales. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han asumido una postura relativamente restrictiva a este respecto, señalando que la administración no puede añadir carga alguna a aquellas que ya ha establecido el legislador, o argumentando que si bien resulta admisible una intervención más amplia del reglamento en algunas, ésta no resulta procedente en otras, dependiendo todo del lenguaje que utilice la Constitución al establecer la reserva.

Desde una perspectiva funcional, se ha afirmado que estas posturas no se condicen con la estructura actual de las disposiciones legales (que habitualmente, reconociendo que en varios supuestos es la administración la que se encuentra mejor equipada para tomar la decisión final, recurren a la legislación no transitiva), ni menos con el rol de la administración en el Estado moderno (que ya no es una mera correa transmisora de la voluntad del legislador). No sólo eso, se ha señalado que entender la reserva legal de esta manera —exigiendo que

⁹⁹ Véase artículo 35 de la Constitución Política.

¹⁰⁰ Sobre la ley de conservación de la discrecionalidad administrativa; esto es, que toda la discrecionalidad que se elimina en un ámbito de la administración, no desaparece, sino que necesariamente se traslada a otro, véase Mashaw (1997).

en la misma ley se contengan todos los aspectos relevantes del esquema regulatorio— genera una serie de resultados perniciosos (tales como que ciertas disposiciones legales terminen siendo disfuncionales para los propósitos detrás de su establecimiento, y que las leyes se implementen mediante actos administrativos de menor jerarquía normativa) e incentivos perversos (como que los potenciales regulados traten de influir en el proceso legislativo para asegurarse de quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma).

Siendo esto así, ¿existe alguna manera con la que se pueda dotar de sentido a la reserva legal, en tanto mecanismo de garantía de regulación de los derechos fundamentales? Esta interrogante no puede sino ser respondida de manera afirmativa. Nada obsta a que en las condiciones actuales el legislador pueda seguir siendo el llamado a realizar la regulación primaria de los derechos fundamentales. Todo pasa por cuánto se exija de la regulación primaria. Si se demanda que ella misma establezca la obligación de conducta con que deberá cumplir el destinatario final, la tarea se vuelve imposible. Por el contrario, si entendemos que basta con que esta regulación establezca los supuestos en que la administración podrá implementar la norma, así como la finalidad que deberá tener en vista al hacerlo, los factores que deberá considerar, y para casos bien calificados, el específico procedimiento que deberá seguir para ello, puede seguir siendo viable que el legislador sea el que regule los derechos fundamentales.

Nótese que esta propuesta no solo hace operativa la colaboración entre ley-reglamento, sino que también la misma garantía de la reserva de ley. Efectivamente, en conformidad a la tesis mayormente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, resulta altamente indeterminado cuándo se vulnera la reserva de ley. Según se dice, ello ocurriría cuando la regulación legal no contiene la suficiente densidad normativa. Con todo, resulta bastante incierto a qué es lo que se refiere esta idea, es decir, en cuáles respectos la regulación legal ha de ser densa. De esta forma, el organismo llamado al control de esta garantía, como es el caso del Tribunal Constitucional, siempre puede estimar que una disposición legal no cumple con la densidad normativa exigida.

En conformidad a la alternativa aquí propuesta, se cumple con la reserva de ley siempre y cuando el legislador establezca todos los elementos que permitan orientar el proceso de implementación de la ley. Se podrá argumentar que al dejar fuera toda exigencia en cuanto al contenido mismo de la regla que finalmente se aplique a los particulares, ella no resguarda frente a las eventuales arbitrariedades

en que pueda incurrir la administración. Pues bien, si el problema es ese, debe ser tratado en el ámbito que corresponde: el relativo al contencioso administrativo.

Proceder de otra manera, insistiendo que la reserva exige que la misma ley sea la que regule los deberes de conducta aplicables a los destinatarios finales, termina por socavar el fundamento mismo de esta institución. Precisamente, en un mundo complejo como en el que vivimos, las hipótesis en que el ejercicio de un derecho fundamental puede afectar a otros, o incluso a titulares del mismo derecho, son múltiples e imposibles de determinar de antemano. De forma tal que al intentar reducir las posibilidades de intervención administrativa solo a aquellas que prevea el legislador, se deja en la desprotección a los derechos que puedan ser afectados en todos los casos no previstos. Puesto de otro modo, esta comprensión de la reserva de ley lleva a que el ordenamiento jurídico privilegie *ex ante* —sin tener idea alguna de la concretas hipótesis en que el derecho pretenda ser ejercido— la protección de ciertos derechos en desmedro de otros, y de ciertos titulares del derecho protegido en perjuicio de otros. Como es fácil advertir, tal comprensión no es precisamente una que se encuentre al servicio de la protección de todos los derechos fundamentales, particularmente en un diseño institucional donde se contemplan múltiples mecanismos que hacen altamente improbable que la ley pueda regular éstos.

Bibliografía citada

ACKERMAN, BRUCE y WILLIAM HASSLER, 1981: *Clean Coal/Dirty Air*. Yale University Press.

ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.

———. (2009): «La distribución de potestades normativas en la constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIII, Valparaíso, Chile, pp. 371-390.

ATRIA, FERNANDO, 2013: *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM ediciones.

BULNES, LUZ, 1982: «Leyes de base y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 6, pp. 133-153.

CARMONA, CARLOS, 2001: «Un nuevo estadio en la relación ley-reglamento», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63.

———. (2001): «Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control», en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, Vol. 3.

- _____. (2010): «El artículo 93 n°16 de la constitución: estado de la cuestión y proyecciones», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 72.
- CAZOR, KAMEL, 2002: «*La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República. La potestad jurídica presidencial y el sistema de control aplicable como garantía del Estado constitucional*», Tomo I. Santiago: Universidad Central de Chile.
- _____. (2005): «Nuevo artículo 93 n° 16: Un enfoque más coherente en torno al control de los Decretos Supremos por parte del Tribunal Constitucional», en F. Zúñiga (coord.), *Reforma Constitucional*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- CAZOR, KAMEL y EMILIO PFEFFER, 2009: «La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile», en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1.
- CEA, JOSÉ LUIS, 1984: «Dominio legal y reglamentario en la constitución de 1980», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 2-3.
- CORDERO, LUIS, 2005: «Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso Celco», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 68.
- _____. (2007): «La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de cuatro falacias», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo II.
- CORDERO, EDUARDO, 2009: «El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 32.
- CORDERO, EDUARDO, 2010: «Las normas administrativas y el sistema de fuentes», en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1.
- CORREA, RODRIGO, 2004: «Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1.
- DIVER, COLIN, 1983: «The Optimal Precision of Administrative Rules», en *Yale Law Journal*, Vol. 93.
- FERMANDOIS, ARTURO, 2006: *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I, Segunda Edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- GUILOFF, MATÍAS, 2011: «El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2», en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 1, pp. 147-169.
- _____. (2012): «Operativizando la relación Ley-Reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal», en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. 25, N° 1, pp. 127-147.
- KAPLOW, LOUIS, 1992: «Rules versus Standards: An economic analysis», en *Duke Law Journal*, Vol. 42.
- LETELIER, RAÚL, 2014: «Garantías Penales y Sanciones Administrativas», en *AADV La función de la sanción* (en prensa).

- LOCKE, JOHN, 1690: *Second Treatise of Government*, C.B. Macpherson ed., Hackett Publishing Co., Inc. 1980.
- MASHAW, JERRY, 1997: *Greed, chaos and governance*. Yale University Press.
- PIERRY, PEDRO, 1991: «El ámbito de la ley», en AA. VV, *El Proceso Legislativo en Chile*. Valparaíso: CEAL-UCV.
- RAJEVIC, ENRIQUE, 1996: «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Nº 1, pp. 23-97.
- RIBERA, TEODORO, 2001: «Reserva legal y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63.
- RUBIN, EDWARD, 1989: «Law and legislation in the Administrative State», en *Columbia Law Review*, Vol. 89, Nº 3.
- SCHAUER, FREDERIC, 1991: *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decisionmaking in law and in life*. Oxford University Press.
- STEWART, RICHARD, 1975: «The reformation of American Administrative Law», en *Harvard Law Review*, Vol. 88.
- STONE, GEOFFREY; LOUIS SEIDMAN; CASS SUNSTEIN; MARK TUSHNET y PAMELA KARLAN, 2005: *Constitutional Law*. New York: Aspen Publishers.
- SUNSTEIN, CASS, 1990: *After the rights revolution*. Harvard University Press.
- _____. (1995): «Problems with rules», en *California Law Review*, Vol. 83.
- VALENZUELA, CRISTIAN, 2014: «Crítica a ley 20.017 que modifica el código de aguas de 1981: aspectos en dirección contraria a la sustentabilidad», en Montenegro, et al. (eds.) *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales, ¿sustentabilidad o sobreexplotación?*
- ZÚÑIGA, FRANCISCO, 2001: «Apostilas ley y reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (de la germanización al practicismo)», en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 7, Nº2.

Capítulo VIII:

Proporcionalidad y derechos fundamentales

Jorge Contesse Singh*

1. Planteamiento del tema

El principio de proporcionalidad ha cobrado importancia saliente en el derecho y teoría constitucional contemporánea, especialmente en el ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales que hacen los tribunales, ya sea en sede constitucional o de protección internacional de los derechos humanos¹. Enfrentados a preguntas sobre bienes que resulta difícil conmensurar –por ejemplo, dos derechos fundamentales en colisión, o bien estos en tensión con objetivos valiosos que el Estado debe perseguir–, los jueces intentan una cierta seguridad conceptual al desplegar el análisis de proporcionalidad como forma de resolver el conflicto (y, a la vez, abren espacios de incertidumbre que son inherentes al razonamiento práctico). Muchos ven, en efecto, que al utilizar este mecanismo de resolución de conflictos jurídicos se intenta evitar la arbitrariedad. Cuando la Constitución chilena exige, por ejemplo, que los impuestos no sean «manifiestamente *desproporcionados*», expresa un compromiso con el principio de interdicción de la arbitrariedad, de la misma forma que lo hace la Corte Suprema de Estados Unidos

* Doctor en Derecho, Yale University. Profesor de Derecho, Rutgers Law School y Universidad Diego Portales.

1 El principio de proporcionalidad es un mecanismo especialmente importante para determinar la legitimidad constitucional de los límites y restricciones a que pueden estar afectos los derechos fundamentales. Por esta razón, entender el razonamiento que mandata el principio de proporcionalidad a la hora de evaluar una medida legislativa es, para parte de la doctrina, crucial para determinar la legitimidad constitucional de la misma y si afectó o no el contenido esencial del derecho respectivo. Respecto a la relación entre límites y restricciones de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, véase Capítulo VI, sección 6. Respecto a la relación entre principio de proporcionalidad y contenido esencial, véase Capítulo IX, sección 3.

cuando declara que ciertas formas de castigo son inconstitucionales por ser *desproporcionadas* al delito por el cual se asignan. El examen de proporcionalidad ofrece, en una frase, una forma y mecanismo para justificar decisiones públicas, llegando a ser para algunos la teoría que ofrece la justificación más compatible con la forma como los jueces toman sus decisiones².

¿En qué consiste esta forma de resolver? La idea en su base es simple: para alcanzar un objetivo normalmente tenemos más de un medio para lograrlo. ¿Cómo elegimos cuál de todas las formas posibles es la *mejor* o la *correcta*? Si, por ejemplo, un país se ve enfrentado a un brote epidémico de una grave enfermedad, entonces sus autoridades podrían pensar que todas las personas deben quedarse en sus casas, mientras no se contenga la expansión del virus que ocasiona el contagio. Que nadie salga a la calle y que se paralicen los servicios de transporte, dejándolos únicamente para quienes deben ir a algún hospital. Una medida como esa probablemente sea eficaz («idónea», según el lenguaje del principio de proporcionalidad), pero fácilmente se puede apreciar que tiene un problema: parece exagerada. En el lenguaje técnico de la proporcionalidad, nuevamente, se dice que ella es innecesaria. Y lo es porque siendo el objetivo legítimo –cuidar la salud pública– la autoridad debe buscar métodos que, cumpliendo con el objetivo, no sean tan drásticos. Si existe, además, otra forma de lograr el objetivo que persigue el Estado –en este caso, contener la propagación de una epidemia–, entonces el principio que examina este capítulo dirá que debe preferirse aquella medida que, cautelando el objetivo de cuidar la salud de la población, sea menos lesiva para todos los derechos involucrados (por ejemplo, con la libertad de circular libremente por las calles). Como este, son innumerables los ejemplos que a diario el derecho debe enfrentar y que el examen de proporcionalidad intenta resolver³.

2 Beatty (2004), p. 171 («de todas las teorías que intentan justificar el proceso de revisión judicial, la proporcionalidad es incuestionablemente la más compatible con la práctica actual»; la traducción es libre).

3 Mientras preparo este capítulo ocurren dos hechos lejanos y desconectados, que, sin embargo, están unidos por el examen legal que puede hacerse bajo el principio de proporcionalidad. Un policía de Miami Beach, en Estados Unidos, alegando legítima defensa, mata a tiros a un hombre que llevaba en la mano una navaja y se mostraba renuente a obedecer la orden del policía de arrojar el arma («Miami Beach Police Shoot Man Suspected of Robbery», *International Business Times*, 5 diciembre 2015); y dirigentes políticos, alarmados por hechos graves de violencia en algunos partidos de fútbol, sugieren que

1.1. La colisión de los derechos fundamentales como desacuerdo democrático

Son muchas las razones por las que el principio de proporcionalidad se ha convertido en una de las doctrinas más importantes en la teoría constitucional moderna. Como se señaló, al enfrentar problemas de interpretación de los derechos echando mano a una cierta estructura escalonada de razonamiento, el test de proporcionalidad intenta darles coherencia a las decisiones que deben adoptar los tribunales. Pero, junto con ello, este método de resolución de conflictos constitucionales tiene una característica que explica su impresionante expansión jurisprudencial y doctrinaria en las últimas décadas: sirve bien a la práctica constitucional de sociedades democráticas abiertas y plurales. No es casual que el test de proporcionalidad se desarrolle en la Alemania posguerra; en España, tras el término del franquismo; en Sudáfrica, con el ocaso del *apartheid*, y en Colombia, una vez que se adopta una nueva Constitución y se convierte a su Corte Constitucional en un poderoso referente interpretativo de los derechos fundamentales en el mundo. En Chile, si bien –según veremos– la aplicación de este principio es errática e inconsistente, de todas formas la justicia constitucional solo se interesó en él cuando ya habían pasado varios años desde que se recuperó la democracia. Todo ello, sin contar además con el progresivo desarrollo de la jurisprudencia internacional que realizan tribunales de derechos humanos, como la Corte Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y es que la proporcionalidad ofrece cauces para la interpretación de cláusulas vagas –como son las normas que contienen derechos fundamentales– respecto de asuntos que son esencialmente controvertidos y sobre los que personas razonables tienen profundos desacuerdos –lo que Rawls llamaba el «hecho del pluralismo»⁴–. Como de todas formas los jueces están obligados a

estos se organicen sin que las personas puedan ir al estadio, o incluso, sin que los puedan ver desde sus casas. («Lagos Weber propone que partidos de alta convocatoria sean sin público y sin transmisión de TV», *La Tercera*, 7 diciembre 2015). En el primer caso, el examen que la justicia debe hacer, por supuesto, consiste en determinar si acaso la decisión del policía de usar fuerza letal fue o no proporcional a la amenaza que suponía un hombre portando una navaja. En el segundo caso, la pregunta que uno esperaría que el congresista se hiciera es si acaso, siendo razonable el objetivo de garantizar que no se cometan delitos cuando dos equipos disputan un partido de fútbol, no resulta acaso desproporcionado impedir que toda persona vaya al estadio a ver un partido de fútbol y que incluso se limite su transmisión.

4 Rawls (1993).

adoptar decisiones con carácter de autoridad final, el principio de proporcionalidad les permite dotar de legitimidad a estas decisiones que normalmente serán controversiales, dado que dichas decisiones son el producto de un análisis estructurado, lo que, se argumenta, aleja la arbitrariedad⁵.

Por lo anterior, es posible trazar relaciones entre la interpretación de los derechos fundamentales en base al principio de proporcionalidad y la solidez de la práctica constitucional de un Estado, o aun de regímenes internacionales de protección de los derechos humanos⁶. Como veremos en la siguiente sección, argumentar en base al principio de proporcionalidad supone un compromiso con la democracia, en tanto el abogado, juez y aun el ciudadano aceptan embarcarse en procesos de deliberación que ponen a prueba el sentido y alcance que se da a los derechos, así como la relevancia que tienen los fines que el Estado persigue cuando impulsa políticas públicas. Dicho de otra manera, el principio de proporcionalidad no destierra la apertura e incertidumbre que tiene el razonamiento constitucional; pero, sin embargo, ofrece mecanismos que buscan asegurar que las decisiones sean posibles de justificar públicamente.

En este capítulo, se analiza el principio de proporcionalidad como método de interpretación judicial para la resolución de casos donde se ven afectados derechos fundamentales. Para ello, se examinan las características que él tiene, su articulación en base a cuatro pasos de análisis –fin legítimo, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–, para luego dar paso a una mirada sobre la forma en que otros países han recogido este principio y, por último, examinar cómo es que la práctica constitucional chilena –vale decir, la dogmática y jurisprudencia– ha hecho lo propio. Finalmente, planteo breves conclusiones en atención al momento de intenso debate constitucional en que se realiza este estudio.

2. El principio de proporcionalidad

¿En qué consiste el principio de proporcionalidad? Recordemos que se trata de una técnica de interpretación constitucional al servicio de jueces que requieren examinar si una medida –por ejemplo, una ley del Congreso Nacional– se ajusta o no a las exigencias que impone el respeto a los

5 Álvez (2013).

6 Webber (2014). Se trata de una pregunta importante que, sin embargo, escapa de los márgenes de este capítulo.

derechos fundamentales. Así, por ejemplo, si el gobierno impulsa una medida aprobada por el Congreso para combatir la delincuencia, y esta medida supone afectar derechos individuales, como si se determinara que las personas no pueden permanecer en la calle después de cierta hora, los jueces constitucionales examinarán esa medida usando este principio para determinar si ella es o no proporcional al fin que se busca materializar (en este caso, combatir la delincuencia).

De un modo similar, cuando dos derechos fundamentales entran en tensión—el típico ejemplo lo ofrece el derecho a la libertad de expresión con el derecho a la vida privada—, también es posible echar mano a la técnica de la proporcionalidad, de modo de poder determinar cuál de los dos derechos debe prevalecer. Sobre estas formas de caracterizar el principio de proporcionalidad versa la presente sección.

2.1. Elementos del principio de proporcionalidad

Considerando el examen que se hace de medidas que deben calificarse de constitucionales o no (o, en su caso, que satisfacen los estándares que impone el derecho internacional), la doctrina y la jurisprudencia están en general de acuerdo en que son cuatro los elementos que componen el test de proporcionalidad. La medida en análisis—piénsese en una ley dictada por el Congreso Nacional sometida a examen ante una corte con potestad para declararla inconstitucional— debe satisfacer, de manera escalonada, los siguientes elementos: ella ha de responder a un *fin legítimo*; debe ser *idónea*; *necesaria* y, por último, *proporcional*. Veamos en qué consisten cada uno de ellos.

2.1.1. FIN LEGÍTIMO

Cuando la autoridad gobierna, se espera que ella satisfaga determinados bienes públicos. Constituimos un Estado porque pensamos que es a través de la autoridad civil, y no de un estado de guerra de todos contra todos, que las personas podemos vivir en paz y así desplegar nuestros planes de vida. Por eso el Estado tiene no solo la posibilidad, sino el deber de utilizar su poder—el derecho— para atender a los fines para los cuales ha sido constituido. Si se desvían de tales fines, entonces—como pensaba Aristóteles— las formas de gobierno se vuelven corruptas⁷.

El Estado no puede hacer cualquier cosa. En palabras de la Constitución chilena, «su finalidad es promover el bien común [...] resguardar

7 Aristóteles (1991).

la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional»⁸. Todos estos son los fines que el Estado legítimamente puede y debe perseguir.

El primer paso del test de proporcionalidad consiste en determinar si acaso la medida que se examina persigue o no un fin legítimo. Así, por ejemplo, si el Congreso Nacional dictara una ley que busca exterminar a un sector de la población, entonces es evidente que no será necesario pasar a los siguientes pasos del test de proporcionalidad: la medida es inconstitucional no porque es inidónea o innecesaria, sino simplemente porque no persigue un fin legítimo. Lo normal, por ello, es que este paso sea rápidamente satisfecho. El Estado toma decisiones todos los días para satisfacer los fines que la Constitución y las leyes le imponen. Los problemas normalmente comienzan después, cuando se analiza si la medida, persiguiendo fines legítimos, es proporcional o no, vale decir, si es adecuada, necesaria y proporcional (en sentido estricto).

2.1.2. IDONEIDAD O ADECUACIÓN

El segundo paso que impone el test de proporcionalidad consiste en responder una pregunta sencilla: la medida que se examina, ¿logra el objetivo (legítimo) que el Estado persigue? Pensemos en una ley que busca proteger el medio ambiente y que, para ello, dispone que no podrán circular los autos que tengan más de diez años, o que entre determinadas horas todas las industrias de una ciudad deben paralizar sus faenas. Dicha ley, ¿es adecuada, es decir, satisface el objetivo perseguido? La respuesta evidentemente es sí: al paralizar todas las tareas productivas e impedir la circulación de vehículos con más de diez años de fabricación, la autoridad probablemente logrará que la contaminación ambiental disminuya (cuánto disminuya es una pregunta distinta, que se podrá examinar en otro momento).

8 Artículo 1º, incisos 4º y 5º. Los fines que el Estado debe perseguir están disseminados en numerosas normas de la Constitución (y de las leyes). Una mirada por el capítulo III de la Constitución de 1980, sobre los derechos y deberes constitucionales, permitiría hacer un listado no exhaustivo pero ilustrativo de lo que es un fin legítimo. Solo por mencionar un par de ejemplos, que dan origen a profundas discrepancias, considérese el deber que tiene el legislador de «proteger la vida del que está por nacer» (art. 19 N° 2, inc. 2º) y el deber del Estado de «fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles» (art. 19 N° 10, inc. 6º).

El test de idoneidad o adecuación se pregunta simplemente si acaso la medida en examen es o no *eficaz*. Y, nuevamente, lo normal es que las medidas que el Estado persiga (para lograr los fines legítimos a los que debe someter su acción) cumplan con este requisito: ellas, por lo general, son adecuadas. En un ejemplo que es parte de la cultura general, si para matar la mosca que lleva un rato volando sobre mi cabeza mientras escribo este texto utilizo una bazuca, no hay duda que el medio que he decidido utilizar será eficaz. Las posibilidades que la mosca sobreviva son muy escasas (a menos, claro, que haya decidido volar justo antes y, con ello, esquivar mi brutal ataque). Pero como resulta evidente, utilizar armamento de guerra para matar a una mosca, si bien es eficaz (o idónea como medio), difícilmente será *eficiente*. Tal es la pregunta que se hace el test de proporcionalidad en el siguiente paso.

2.1.3. NECESIDAD

Bajo esta máxima, el test de proporcionalidad ya no está interesado en preguntar acerca de la eficacia (o idoneidad o adecuación) de la medida cuya constitucionalidad se escruta. Lo que ahora importa es su *eficiencia*. Bajo el examen de necesidad, el juez constitucional—que ya ha advertido que la medida (supongamos, legislativa) persigue un fin legítimo y es adecuada para lograr este fin—debe determinar si la autoridad ha optado por utilizar el medio menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Si tomamos el ejemplo del párrafo anterior, pensemos que el legislador que quiere combatir la alarmante contaminación ambiental decide que en días de alta contaminación, ninguna podrá salir a la calle y todas las industrias deben paralizar sus actividades: «si hay contaminación, entonces la ciudad debe convertirse en un pueblo fantasma», diría el legislador. ¿Es esta una medida que persigue un fin legítimo? Sí, reducir la contaminación del ambiente. ¿Es ella adecuada? Sí, al paralizarse la ciudad por completo, la contaminación bajará. Hasta acá el examen de proporcionalidad se satisface. Sin embargo, ¿es dicha medida necesaria? La respuesta es probablemente no, ya que el legislador podría echar mano a una medida que lesionara en menor medida los derechos afectados (digamos, de las personas de circular libremente y de los industriales de no paralizar completamente), y al mismo tiempo cumplir con el fin legítimo que persigue.

El test de necesidad, entonces, busca responder a la pregunta si, habiendo un mecanismo que no lesione los derechos fundamentales involucrados (o lo haga en menor grado), el legislador o la autoridad

responsable ha preferido dicho mecanismo. Si no lo ha hecho, y existen formas alternativas menos lesivas de cumplir con el objetivo que debe perseguir, entonces la medida en cuestión será inconstitucional por no satisfacer el test de necesidad en un examen de proporcionalidad.

Como se puede apreciar, la relación entre la máxima de necesidad y el último análisis de interpretación que debe hacerse en base al principio de proporcionalidad están muy ligados. Cualquier persona diría que la medida que prohíbe por completo la circulación de automóviles, antes que ser «innecesaria», es «desproporcionada». Y dicha persona tendría razón. Lo que ocurre, desde la perspectiva técnica del principio de proporcionalidad como método de interpretación constitucional, es que el juez constitucional deberá echar mano al último escalafón del análisis —esto es, la máxima de proporcionalidad en sentido estricto— cuando la cuestión a decidir haya pasado todos los test anteriores. Este aspecto, espero, quedará más claro cuando analicemos algunos casos de colisión de derechos fundamentales, donde el juez inevitablemente debe recurrir a la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto pone sobre la balanza dos principios que, *prima facie*, tienen el mismo peso (ambos son derechos constitucionalmente protegidos).

2.1.4. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO

El último peldaño de análisis que debe realizar un juez (o jueza, por supuesto) que se enfrenta a la necesidad de ponderar constitucionalmente las razones para favorecer o no una determinada medida legislativa (o administrativa), o bien para dar prevalencia a un derecho fundamental en desmedro de otro, consiste en determinar si dicha medida, o bien la situación de balance entre los dos derechos en colisión, es o no *proporcionada*. ¿Qué quiere decir esto?

Hasta ahora, las respuestas que damos a las preguntas que se formulan en los niveles anteriores de análisis dicen relación con las *posibilidades fácticas* de cumplimiento de los mandatos de optimización en que consisten los derechos fundamentales. Esto quiere decir que, si tal como lo observara Robert Alexy, los derechos fundamentales corresponden a la estructura normativa de *principios*⁹ y no de *reglas*, entonces cada uno de estos principios requiere que su cumplimiento

9 Como se señala en el Capítulo VI, parte (minoritaria) de la doctrina constitucional ha entendido los derechos como reglas antes que principios.

se realice *en la mayor medida posible*, esto es, hasta su óptimo¹⁰. Los derechos traen en sí una potencia de cumplimiento total que se ve constreñida por diversas razones: entre ellas, están las llamadas «posibilidades fácticas», que responden, como su nombre lo indica, a límites impuestos por hechos, como son los que hemos examinado bajo los test de adecuación y necesidad. Si una medida es inadecuada al fin que se persigue, bastará que el juez *advierta* ello en el campo de la realidad fáctica; del mismo modo que si el problema que *advierte* el juez dice relación con que existe al menos una forma menos lesiva de cumplir con el mandato de optimización. En este caso, es una cuestión fáctica la que hará fracasar, supongamos, la medida legislativa que se impugna en sede de revisión constitucional.

Pero puede ocurrir que no sean posibilidades fácticas, sino jurídicas, las que limiten la pretensión de cumplimiento de un derecho fundamental. En este caso, el juez constitucional no podrá simplemente advertir un hecho de la realidad fáctica, sino que deberá ejercer su capacidad analítica para determinar –mediante un ejercicio de ponderación racional– cuál de los derechos debe prevalecer o bien si la medida impugnada efectivamente infringe los derechos fundamentales involucrados. Es acá donde entran a jugar las posibilidades jurídicas de cumplimiento¹¹. Si un personaje público –supongamos, una cantante o un obispo– quiere proteger su privacidad de un reportaje que publicará aspectos relevantes de su vida personal, las posibilidades de que el derecho del personaje público (a resguardar su vida privada) prevalezca estarán determinadas por la (fuerza relativa que tenga) pretensión de cumplimiento del derecho a la libertad de información del medio de comunicación social que quiere publicar el reportaje. Es en este nivel donde ocurre en sentido estricto un examen de proporcionalidad, ya que ambas pretensiones tienen *prima facie* el mismo derecho a prevalecer –ambas posturas aducen un respectivo mandato de optimización, de manera que ninguna es *en abstracto* superior a la otra–, de manera que la resolución del conflicto necesariamente descansará sobre la base de un ejercicio de ponderación, esto es, un examen de proporcionalidad (en sentido estricto).

¹⁰ Contesse (2002), pp. 54–58. Junto con la aplicación definitiva que Alexy hizo de esta distinción en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ronald Dworkin también la utilizó al formular su teoría del derecho. Dworkin (1984), pp. 72 y siguientes.

¹¹ Alexy (2014), pp. 51–65 y p. 52.

De esta manera, el juez constitucional deberá determinar cuál es el nivel de afectación en un derecho y, en ese examen, deberá determinar si dicha afectación se encuentra o no justificada por la importancia que el otro derecho (o la medida legislativa o administrativa) tiene¹². Así, entre mayor sea la intensidad de afectación sobre un derecho, mayor debe ser el deber de realizar el principio en pugna. En este sentido, se realiza una ponderación de bienes (o derechos). El juez, habiendo determinado la importancia e intensidad de la afectación, pondrá los derechos (o principios) en una balanza y verá si los beneficios que se obtienen con la medida (que afecta derechos constitucionales) son mayores o no al grado de afectación de los otros derechos involucrados. Si lo son, entonces la medida impugnada pasará completo el examen de proporcionalidad; si no lo son, entonces la medida será inconstitucional por desproporcionada (en sentido estricto). Lo propio ocurre con los casos de colisión entre derechos fundamentales: habiendo dos derechos de igual jerarquía en tensión, la afectación a uno de ellos estará justificada si y solo si el beneficio que se obtiene por esa afectación *en ese caso particular* es mayor.

Volvamos a los ejemplos de más atrás: si en lugar de disponer una medida innecesaria, como es la restricción total y absoluta de la circulación de automóviles y personas en días de contaminación ambiental, el legislador elaborara un plan de restricción vehicular y de paralización de actividades industriales, probablemente el juez tendría que pasar hasta el último nivel de análisis constitucional. La medida persigue un fin legítimo, es adecuada y necesaria, pero quedará aún por ver si, al momento de ponderarla, la afectación sobre los derechos (de libre circulación y de realizar actividades económicas) produce ventajas (en este caso, descontaminar la ciudad) que justifiquen la adopción de esa medida. Como se ve, no es posible responder a esa pregunta *ex ante*, esto es, sin el contexto de un caso particular que presente circunstancias también particulares.

En el caso del personaje público, una cantante o un pastor de la iglesia, que se ven enfrentados a la pretensión de un medio de comunicación social de publicar algún hecho sobre su vida pública ocurrirá lo mismo. El juez constitucional tendrá frente a sí dos derechos de igual jerarquía: por un lado, el derecho a la vida privada (que, en el caso de la Constitución chilena, está protegido por el art. 19 N° 4) y, por el otro, el derecho a la libertad de información (protegido por el art. 19 N° 12

12 Alexy (1993), p. 161.

CPR)¹³. ¿Cómo decidir *en ese caso*? Dado que ambos derechos tienen el mismo peso en abstracto, el juez deberá hacerse una serie de preguntas para determinar si el grado de intervención que tiene la acción (en este caso, la publicación en un medio de comunicación social de aspectos propios de la vida privada de dos personas) se justifica por las ventajas o beneficios que de dicha acción se seguirán. Así, el juez tendrá que examinar si acaso estas personas son efectivamente personajes «públicos», esto es, individuos que, por diversas razones, exponen su vida de mayor manera que lo hacen los ciudadanos comunes y corrientes; en seguida, deberá determinar si la información que se quiere publicar es o no de interés público y, de manera más específica, cuán importante es dicha información, de modo que se justifique (o no) la afectación del derecho a la vida privada. Si, por ejemplo, la publicación dice relación con la sexualidad de estas personas, entonces que se trate de una cantante o de un miembro de la Iglesia –que, supongamos, suele manifestarse en contra de las relaciones sexuales fuera del matrimonio, hará que el resultado final de la ponderación no sea el mismo.

Por ello, se dice que en estos casos el juez elabora una regla en base a una ley de *precedencia condicionada*. Dado que ambos principios son *prima facie* iguales, uno de ellos prevalecerá por sobre el otro *en ese caso particular*, vale decir, *bajo determinadas condiciones*. Si las condiciones son otras, entonces es perfectamente posible que el resultado final al que llegue el juez constitucional sea también distinto. Podemos graficar el análisis de la siguiente manera:

$$\begin{array}{l} C_1 (P_1 p P_2) \dot{\rightarrow} R_1 \\ C_2 (P_2 p P_1) \dot{\rightarrow} R_2 \end{array}$$

13 En la sección 3 se analiza el problema de la jerarquía o falta de jerarquía entre los derechos fundamentales. En general, y para los efectos de la explicación que aquí se hace, se entiende que todos los derechos fundamentales, al tener como titular a la persona por el solo hecho de ser tal, se sitúan en un mismo pie. Sin embargo, algunos autores sostienen que hay diversos modelos del principio de proporcionalidad, entre ellos, el modelo de «la prioridad de los derechos», según el cual, en casos de ponderación entre derechos y valores de política pública, aquellos deben prevalecer; y que, aun entre los derechos, podría asignarse un peso distinto a unos por sobre otros. Véase Tremblay (2015), p. 866. Para otros, sencillamente no hay jerarquía entre los derechos fundamentales a la hora de realizar exámenes de ponderación. Véase Cárdenas Gracia (2014), pp. 65-100.

Bajo las condiciones C_1 (supongamos: la información que se busca publicar es de alto interés público y se trata de una persona que dedica buena parte de su vida pública a promover creencias que van en contra de lo que será publicado), la libertad de información del medio de comunicación (P_1) precede (p) al derecho a la vida privada que tiene la persona en cuestión (P_2). Este análisis de ponderación da origen a una regla: «si C_1 , entonces el derecho P_1 precede al derecho P_2 ». A partir de esta ponderación, el juez constitucional sabrá que cada vez que se den esas mismas condiciones, el resultado (jurídico) al que debe llegar será el mismo (la precedencia de P_1 por sobre P_2)¹⁴. De manera inversa, si las condiciones son otras (C_2 : supongamos que la información no es de interés público o nada tiene que ver con las labores que el personaje público desarrolla), entonces el ejercicio de ponderación dará como resultado una regla diversa: «si C_2 , entonces el derecho a la vida privada P_2 precede a la libertad de información, P_1 »¹⁵.

-
- 14 Por supuesto, esto genera preguntas importantes con respecto al valor jurídico de los precedentes judiciales, cuestión que escapa al ámbito de este capítulo, pero que de todas maneras cabe dejar enunciado: en un sistema de *stare decisis*, donde el precedente resulta obligatorio, los actores de la práctica constitucional podrán anticipar escenarios si es que las circunstancias de un caso ulterior son asimilables a las de un caso que ya ha sido resuelto por la justicia constitucional. En tal situación, lo que un litigante exitoso hará es demostrar al juez que el caso en análisis es análogo o no al que ya ha sido resuelto (mediante ponderación) y que ha dado origen a una verdadera regla.
- 15 Tal sería el caso, por ejemplo, con lo ocurrido con un diputado que sostenía conversaciones íntimas con contenido sexual durante sus horas de trabajo y en su lugar de trabajo, esto es, la sala de la Cámara de Diputados. El medio de comunicación tenía, en su concepto, razones constitucionales para publicar las fotografías (que, de paso, develarían la verdadera orientación sexual del diputado, cuestión que él había mantenido en secreto hasta entonces): el lugar es de libre acceso al público, las fotos se tomaron durante horas de trabajo y el diputado estaba distraído en actividades distintas a las requeridas y por las cuales los ciudadanos le pagamos su dieta. Como se ve, todas estas razones son muy atendibles. Pero por el otro lado, el diputado hace valer su derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Aun si un juez determinara que, en una situación como esta, el medio tiene derecho a captar a un diputado distraído en asuntos íntimos a la hora en que debe legislar, todavía es posible –y debido, cabría decir– agregar como elemento de la ponderación el hecho de que la publicación suponía una afectación adicional a derechos fundamentales: no solo la privacidad, sino de manera más grave, la afectación decisiva a la integridad síquica de la persona que decide no hacer pública su orientación sexual. Ese elemento adicional puede perfectamente hacer que la balanza de la ponderación se incline hacia un lado distinto al que lo haría en condiciones diferentes.

Así es cómo, de modo resumido, funciona el principio de proporcionalidad en cuanto método de interpretación constitucional para la resolución de conflictos. Toca ahora revisar someramente la manera como esta teoría ha sido recogida en el derecho comparado para, posteriormente, examinar la práctica constitucional chilena.

2.2. Proporcionalidad en clave transnacional

2.2.1. ALEMANIA

El principio de proporcionalidad encuentra su origen contemporáneo en la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, tras la adopción de la Ley Fundamental de Bonn 1949. Dicha constitución, como es sabido, incorporó un compromiso fuerte con los derechos fundamentales y, tras el trauma que significó la llegada al poder por vías democráticas del nacional-socialismo, los alemanes depositaron buena parte de su fe institucional en lo que pudiera hacer un tribunal constitucional, como contenedor de los posibles excesos de las mayorías legislativas¹⁶. Bernhard Schlink, académico y ex juez, sin embargo, sostiene que los orígenes se encuentran en las disposiciones alemanas de policía de fines del siglo XIX¹⁷. Luego el principio fue retomado por el Tribunal Federal al enfrentar un dilema básico: por una parte, la Constitución alemana —como prácticamente todas las constituciones— contempla un catálogo de derechos, y, por otra, inviste al Parlamento con poderes para limitar esos derechos¹⁸. Para conciliar esos dos tipos de cláusulas, sostiene Schlink, y asegurar que el legislador no interfiriera arbitrariamente en el ejercicio de los derechos, el Tribunal articuló el principio de proporcionalidad.

¹⁶ Es, como se puede advertir, la perenne discusión sobre el rol de la justicia constitucional y la democracia, en cuanto a su legitimidad para regular los asuntos que involucran derechos, materia que por cierto excede con mucho el ámbito de este capítulo. Véase Vinx (2015).

¹⁷ Las normas administrativas daban a la policía amplios espacios de discreción para mantener el orden público. Pero una vez que la noción de derechos individuales y de estado de derecho (*Rechtsstaat*) comenzó a penetrar en la cultura política y legal, las cortes se vieron en la necesidad de establecer límites al actuar (hasta entonces, enteramente discrecional) de la policía. Así, el Alto Tribunal Administrativo Prusiano comenzó a formular análisis de medios y fines al momento de evaluar las actuaciones policiales. Véase Schlink (2012), pp. 291-302, p. 294. Véase también Grimm (2012), p. 57, y Barak (2012), p. 178 siguientes.

¹⁸ Schlink (2012), p. 295.

La influyente jurisprudencia alemana sobre proporcionalidad arranca de un caso de 1958, en el que el Tribunal declaró inconstitucional la restricción que el legislador había impuesto sobre el número de farmacias que podían instalarse en un determinado distrito. El Tribunal estimó que, si bien se perseguía un fin legítimo –establecer controles a la venta de productos farmacéuticos–, la medida era desproporcionada ya que significaba una intromisión innecesaria en el libre ejercicio de una profesión, habiendo mecanismos alternativos para cuidar de la salud de las personas. A este caso le siguió una rica jurisprudencia que fue delineando los contornos del principio de proporcionalidad en la versión que posteriormente fuera adoptada por otros tribunales constitucionales del mundo y que diversos especialistas se volcarían a estudiar.

2.2.2. ESPAÑA

Tras la adopción de la Constitución española de 1978 y la entrada en vigor del Tribunal Constitucional, un par de años más tarde, se fue configurando una jurisprudencia sobre derechos fundamentales que ponía al centro los criterios de proporcionalidad y razonabilidad (en un comienzo, como un mismo set de análisis, para luego ser separado en dos principios diversos, aunque relacionados)¹⁹. Si bien la Constitución española, al igual que su par alemana, no contiene una referencia expresa al criterio de proporcionalidad, el Tribunal fue delineando su formulación en base al test del Tribunal Federal alemán, en conexión con las normas constitucionales domésticas que prohíben la arbitrariedad y obligan a la regulación de los derechos fundamentales por vía de ley, sin que le sea permitido al legislador afectar la esencia de los derechos. Junto con ello, el influjo de la jurisprudencia de los órganos regionales, como la Corte Europea de Justicia –que aplica, entre otros instrumentos, la Carta de los Derechos Fundamentales, la que hace referencia expresa al principio de proporcionalidad²⁰– y la Corte Europea de Derechos

19 Perelló Domenech (1997), pp. 69-75; Roca Trías y Ahumada Ruiz (2013).

20 «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. *Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*». Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2007/c 303/01, Artículo 52.1 (destacado agregado).

Humanos, que utiliza métodos de proporcionalidad en la resolución de sus casos, llevó al Tribunal Constitucional español a sentar una sólida articulación del principio de proporcionalidad a mediados de la década de los noventa²¹.

2.2.3. CANADÁ

Canadá es otro país que ha desarrollado una jurisprudencia sobre proporcionalidad. Así como la adopción de una nueva constitución marca un hito fundamental en el caso español (y, debe señalarse, para otros países que también que recogen este método de interpretación constitucional)²², en el caso canadiense dicho hito está representado por la adopción, en 1982, de la Carta de Derechos y Libertades (*Charter of Rights and Freedoms*). Hasta entonces, el régimen constitucional canadiense seguía supeditado a las normas dictadas por el parlamento británico y, como consecuencia de ello, a una idea de supremacía parlamentaria que rechazaba la revisión judicial de las leyes, por un lado, y por el otro, a la limitada supervisión judicial de un órgano con asiento en Londres, el Privy Council²³. En 1982, se termina la sujeción constitucional del Reino Unido sobre Canadá y este país adopta una

21 Roca Trías y Ahumada Ruiz (2013), p. 13: «Lo que está claro es que en la segunda mitad de los años noventa se lleva a cabo por parte del Tribunal Constitucional un deliberado esfuerzo por perfilar las características del principio de proporcionalidad adaptado a las peculiaridades de la litigación constitucional. Las muy citadas [sentencias] procedieron a fijar los elementos del canon de proporcionalidad bajo evidente, aunque no explícitamente reconocida, inspiración alemana» (referencias omitidas).

22 Como, por ejemplo, el sudafricano, con la Constitución de 1994 y su destacada articulación de los derechos fundamentales, o el colombiano, con la adopción en 1991 de una nueva Constitución y la posterior jurisprudencia de su Corte Constitucional. Cabe destacar el caso de Sudáfrica, pues en su Constitución, que marca el fin del régimen del *apartheid*, se recoge de manera expresa el principio de proporcionalidad como método de interpretación judicial de los derechos fundamentales. Constitución de Sudáfrica, artículo 36.1 («Los derechos contemplados en el Catálogo sólo podrán ser limitados por ley de aplicación general y sólo en cuanto sea razonable y justificado en una sociedad abierta y democrática, basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, y teniendo en consideración todos los factores relevantes, incluyendo: a) la naturaleza del derecho; b) la importancia de la finalidad por la que se limita el derecho; c) la naturaleza y alcance de la limitación; d) la relación entre la limitación y el fin perseguido, y e) que la medida sea el medio menos restrictivo para alcanzar el fin perseguido»).

23 Gentili (2013), pp. 41-49.

Constitución propia, que *incorpora* la Carta de Derechos –basada fundamentalmente en el Catálogo de Derechos de 1791 de la Constitución de Estados Unidos y en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos– y otorga nuevas atribuciones a la Corte Suprema, que hasta entonces restringía sus atribuciones principalmente a resolver conflictos competenciales entre las provincias y el gobierno federal.

Fue en 1986, en el caso *R. v. Oakes*, en que se discutía si acaso era constitucionalmente permitido que el Estado invirtiera la carga de la prueba en el contexto de un juicio criminal (en este caso, por posesión de drogas), que se da origen a la jurisprudencia sobre proporcionalidad en Canadá. La Corte, acogiendo el planteamiento del requirente, elaboró el test de proporcionalidad, conocido desde entonces como «*test Oakes*», basándose en la sección 1ª de la Carta de Derechos, que establece, de modo similar al caso español, que los derechos y libertades fundamentales solo pueden estar sujetos a «límites razonables establecidos por ley», que puedan justificarse en el contexto de una sociedad democrática y libre²⁴. En particular, el «*test Oakes*» consiste en dos pasos: en primer lugar, el juez debe determinar que la intromisión que realiza el Estado responde a un objetivo sustancial e imperioso (*pressing and susbtantial goal*). Esto, como se observa, es equivalente al primer paso que identificáramos más atrás respecto del principio de proporcionalidad. Una vez advertido ello, el juez deberá examinar si acaso la medida es proporcional al objetivo. Para hacer ello, debe tomarse tres pasos: (i) tiene que haber una «conexión racional» entre los medios y el fin; (ii) la medida legislativa debe afectar lo mínimo posible el derecho en cuestión, y (iii) los efectos perjudiciales de la medida deben ser proporcionales a los beneficios que ella consigue. Acá, como es fácil apreciar, estamos en presencia de los tres subprincipios que dan forma al test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*). Desde entonces, la jurisprudencia sobre proporcionalidad se ha expandido y consolidado en el derecho constitucional canadiense²⁵.

24 El Catálogo de Derechos y Libertades de Canadá asegura los derechos y libertades allí contemplados, los que están sujetos únicamente a aquellas limitaciones razonables establecidas por ley y justificadas en una sociedad libre y democrática».

25 Mathen (2012-2013), p. 491; Grimm (2012).

2.2.4. AMÉRICA LATINA

En América Latina, se encuentran casos de utilización del principio de proporcionalidad en las cortes constitucionales de países como Colombia y Perú, por nombrar solo dos²⁶.

Como es sabido, Colombia ha sido uno de los protagonistas del derecho constitucional de las últimas décadas, bajo el impulso de su Corte Constitucional, que en la década de los noventa, tras la adopción de una nueva Constitución, se constituyó en uno de los tribunales constitucionales con una de las jurisprudencias sobre derechos fundamentales más desarrolladas²⁷. Desde sus inicios, la Corte Constitucional colombiana adoptó el principio de proporcionalidad como forma de adjudicación constitucional²⁸. Son muchas las sentencias donde se define de manera precisa y clara el principio de proporcionalidad para luego darle aplicación²⁹.

La Constitución peruana de 1993 contiene una norma expresa que se refiere al principio de proporcionalidad, a propósito de la facultad de interponer acciones constitucionales en caso que el ejercicio de algún derecho se encuentre limitado por la declaración de un estado

²⁶ El principio de proporcionalidad también tiene reconocimiento –con grados diversos y aun inconsistentes de aplicación– en las prácticas constitucionales de Brasil, Ecuador y México. Véase, respectivamente, Leal (2014) y Neves (2013), Ávila Santamaría (2008) y Sánchez Gil (2008).

²⁷ Iturralde, (2013), pp. 361-402; Uprimny (2006), pp. 127-151, y Rodríguez Garavito (2011), pp. 1679-1998.

²⁸ Lopera Mesa (2011), pp. 113-138.

²⁹ Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-022/96, redactada por el ex magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte define al principio de proporcionalidad destacando que «[e]l concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado», explicando a continuación los tres subprincipios y aplicándolos, en particular, a las exigencias del principio de igualdad constitucional. Algunos autores sostienen que es precisamente en esta materia donde la jurisprudencia sobre proporcionalidad colombiana destaca (siendo, además, la primera sentencia sobre proporcionalidad pronunciada en un caso donde se discutía la infracción al principio de igualdad). Véase Conesa (2013), pp. 351-377.

de excepción constitucional³⁰. Junto con esta disposición, el Tribunal Constitucional peruano entiende que el principio de proporcionalidad, como criterio de interpretación, encuentra su fundamento también en normas generales de la Constitución, como la «cláusula del Estado de Derecho»³¹. A partir de estas normas, el Tribunal ha utilizado el principio de proporcionalidad en numerosos casos para desarrollar su labor de interpretación constitucional³². Los resultados, sin embargo –y según explica Castillo-Córdova–, no dan cuenta de una jurisprudencia consistente, y en ocasiones, una que confunde el principio de proporcionalidad con criterios de razonabilidad³³.

2.2.5. ESTADOS UNIDOS

Como ocurre en otras áreas del derecho, en materia de principio de proporcionalidad también se habla del «excepcionalismo» de los Estados Unidos³⁴. En el caso que nos ocupa, existen numerosos ejemplos en que los tribunales estadounidenses realizan análisis de medios y fines que, en definitiva, son equiparables a un examen de proporcionalidad, aunque no utilizan el término «proporcionalidad» sino el de «balanceo» (*balancing*)³⁵. En la práctica constitucional estadounidense, que contempla

30 Artículo 200, inciso final, de la Constitución Política del Perú: «Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la *proporcionalidad* del acto restrictivo» (destacado agregado).

31 Tribunal Constitucional peruano, Expediente No. 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, párr. 197. Algunos autores sostienen que dicha cláusula estaría recogida por el artículo 45 de la Constitución, el que dispone: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». Castillo-Córdova (2005), pp. 127-151.

32 Burga Coronel (2011), pp. 253-267.

33 Esto es algo que también ocurrió en el caso de España, en la década de los ochenta, cuando el Tribunal Constitucional recién comenzaba a desarrollar su jurisprudencia sobre proporcionalidad y razonabilidad.

34 Schlink (2013), p. 297: «el comúnmente mencionado –ya sea para criticarlo o elogiarlo– excepcionalismo americano existe» (la traducción es libre). Jackson (2015), p. 3096 («se suele ver a los Estados Unidos al margen de esta adhesión transnacional de la proporcionalidad en el derecho constitucional» (la traducción es libre).

35 Por ejemplo, en materia de proporcionalidad de las penas, desde comienzos del siglo XX, la Corte Suprema federal utiliza la Octava Enmienda a la Constitución para determinar si los castigos asociados a determinados delitos incumplen la prohibición de «castigos crueles e inhumanos», como ha ocurrido en los casos

un asentado modelo de revisión judicial, la forma como los tribunales examinan la constitucionalidad de las leyes se basa en la aplicación de tres test de escrutinio, a saber: de carácter *estricto*, para los casos en que la medida legislativa afecta derechos individuales (la raza, por ejemplo); de carácter *intermedio*, cuando la afectación recae sobre casos relacionados con la cláusula de igual protección o algunas cuestiones sobre libertad de expresión, y de *fundamento racional*, que se utiliza, por ejemplo, para casos sobre derechos económicos no enumerados. Según cuál sea la afectación que produce la medida en cuestión, las cortes utilizarán uno u otro test. Lo que interesa acá es que, en el caso del escrutinio estricto, la medida legislativa solo será considerada constitucional si es que responde a un interés estatal imperioso y ha sido estrictamente diseñada para lograr dicho objetivo³⁶. Algunos autores ven en esta formulación los rasgos propios del principio de proporcionalidad: la Corte debe examinar que el objetivo sea *legítimo* y que las razones para adoptar esa medida sean las *menos restrictivas* que tenga el legislador a mano, dada la afectación de derechos fundamentales.

Con todo, y a pesar de los casos en que se encuentran exámenes similares al de ponderación en base al principio de proporcionalidad, este sigue siendo un principio en general ajeno a la práctica constitucional de los Estados Unidos³⁷. Como observan algunos autores, a pesar de la

en que se ha declarado inconstitucional la pena de muerte para delitos menores o para delitos graves diferentes al homicidio. Véase Corte Suprema de los Estados Unidos, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); Corte Suprema de los Estados Unidos, *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977). Otros ejemplos, fuera de la jurisprudencia sobre la Octava Enmienda, se encuentran en Jackson (2015), pp. 3104-3106.

- 36 Para una comparación entre el principio de proporcionalidad y el test de escrutinio estricto, véase Mathews y Stone Sweet (2011), pp. 799-875.
- 37 Entre las razones que explicarían la aversión estadounidense a usar el principio de proporcionalidad, Jackson enumera algunas: (i) el texto de la Constitución es muy antiguo (fines de siglo XVIII), a diferencia de los países donde se utiliza la proporcionalidad, cuyas constituciones todas datan del siglo XX; (ii) el texto de la Constitución no contiene una cláusula general sobre limitación de los derechos (como ocurre, por ejemplo, en España o Canadá); (iii) Estados Unidos no participa activamente del régimen universal de los derechos humanos, como sí ocurre en otros países, lo que facilita la porosidad para adoptar criterios de proporcionalidad articulados por tribunales u órganos internacionales; y (iv) la concepción de los derechos como mandatos de optimización –propia del test de proporcionalidad– supone una concepción de los derechos fundamentales como posibles de fundar obligaciones positivas por parte del Estado, cuestión que en países como Alemania es plenamente aceptada, pero que en los Estados Unidos, al menos a nivel federal, no. Véase Jackson (2015), pp. 3121-3129. Véase también Porat (2014), pp. 413-416.

facilidad con que el principio de proporcionalidad «viaja» por diversos países y tradiciones legales, al tomar en cuenta la cultura constitucional de los Estados Unidos –que mira con sospecha al Estado y su poder y, por lo mismo, pone el énfasis en una doctrina como el *balancing*–, y se le compara, por caso, con la de Europa –que entiende al Estado como responsable de realizar los valores compartidos por la comunidad política–, hay buenas razones para pensar que las posibilidades de que la jurisprudencia y dogmática constitucional de ese país migren hacia modelos de proporcionalidad son muy bajas³⁸.

2.2.6. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para cerrar el apretado panorama transnacional, podemos mencionar incluso el caso de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «Corte IDH») o el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, quienes también recogen en su jurisprudencia el principio de proporcionalidad. La Corte IDH ha recogido expresamente el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios, en diversas sentencias³⁹. En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, por ejemplo, en que se determinó que el Estado de Chile vulneró varios derechos de Karen Atala y sus hijas protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte concluyó que la medida adoptada por los tribunales chilenos –separar a la madre de sus hijas– era violatoria de la Convención por incumplir el subprincipio de adecuación o idoneidad, esto es, el segundo paso en el análisis explicado anteriormente. Siendo la protección del interés superior de las niñas un objetivo legítimo, la Corte IDH sostuvo que el Estado no demostró que la medida de separar a las niñas de su madre «fuera adecuada para alcanzar dicho fin»⁴⁰. Junto con

38 Véase Cohen-Eliya y Porat (2013).

39 Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tristán Donoso vs. Panamá*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C Nº 193, de 27 de enero de 2009, párr. 56; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Escher y otros vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C Nº 200, de 6 julio 2009, párr. 116 y Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, Serie C Nº 239, de 24 de febrero 2012, párr. 164.

40 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, Serie C Nº 239, de 24 de febrero 2012, párr. 146.

ello, respecto de otros derechos involucrados, como el derecho a la vida privada de Atala de vivir según su orientación sexual, la Corte IDH sostuvo que «no era posible realizar una inferencia [en su vida privada] sin que se cumplieran los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”»⁴¹, agregando que «la medida era inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin [el alegado interés superior de las niñas]»⁴². Acá debe anotarse que la Corte IDH confunde, en lo que denomina una medida «desproporcionada», el subprincipio de necesidad con el de proporcionalidad en sentido estricto, dado que el argumento de la Corte IDH era que «los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales—que podían ser parte de la vida privada—pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala»⁴³. En otras palabras, la Corte IDH concluye que, si bien el Estado podía o debía examinar conductas de Atala en tanto madre (para determinar si debía o no quitarle el cuidado de sus hijas), tendría que haberlo hecho de una forma que no significara exponer su orientación sexual, protección a la que la peticionaria tenía derecho bajo la cláusula que reconoce el derecho a la vida privada. Al señalar que el Estado debió utilizar un mecanismo menos lesivo de afectación de derechos fundamentales, el subprincipio que está en juego es evidentemente el de necesidad.

La proliferación de tribunales constitucionales que utilizan un mismo método de interpretación constitucional no debiera sorprender si se considera que desde la segunda mitad del siglo XX las constituciones incorporan catálogos de derechos fundamentales y, junto con ello, al juez se le entrega de manera creciente la potestad de utilizar la Constitución no solo como un programa que orienta la adopción de decisiones políticas, sino como una verdadera norma jurídica que debe ser aplicada⁴⁴. Estas tareas suponen de parte del juez constitucional ejercer funciones de adjudicación que requieren, a su turno, disponer

41 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo y niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 239, de 24 de febrero 2012, párr. 165.

42 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo y niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 239, de 24 de febrero 2012, párr. 166.

43 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo y niñas vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 239, de 24 de febrero 2012, párr. 166.

44 García de Enterría (1982).

de sofisticados mecanismos de interpretación constitucional, dado que—como he explicado más atrás—las normas que contienen derechos fundamentales tienen, por regla general, un carácter abierto: son estructuralmente «principios». Con ello, invitan a la deliberación por parte de personas que sostienen puntos de vista radicalmente diferentes sobre la vida en común pero que, con todo, han de encontrar un terreno común en la Constitución.

Por esta misma razón, la jurisprudencia sobre proporcionalidad es fértil en el campo de los derechos humanos, en tanto estos se entienden como mandatos que contienen pretensiones universales⁴⁵. Y, por lo mismo, cuando las cortes constitucionales comienzan a utilizar los precedentes de cortes de otros países —práctica que recibe el nombre de «préstamos» o «trasplantes»⁴⁶—, destacan los casos en que se utiliza el principio de proporcionalidad. Se trata de un mecanismo que se mueve con facilidad de un lugar a otro, dado que se utiliza para decidir materias de alcance universal, como es, en principio, la protección de los derechos fundamentales⁴⁷.

3. El principio de proporcionalidad en la dogmática y jurisprudencia nacional

Habiendo completado una explicación del principio de proporcionalidad y una breve muestra de cómo es usado (o no) en diversos países, cabe revisar el caso chileno. ¿Es este principio utilizado por los tribunales cuando se enfrentan a requerimientos de inconstitucionalidad o bien cuando deben resolver una colisión entre derechos constitucionales? ¿Cuál es el grado de penetración que esta teoría ha tenido en la dogmática nacional? ¿Tiene reconocimiento en la Constitución? Y, por último, pensando en que Chile vive un momento de cambio constitucional, ¿cuáles son las perspectivas que esta materia permitiría entregar a la discusión sobre derechos fundamentales para las próximas décadas? En esta sección, se intentarán abordar estas preguntas.

45 Como observa Ignatieff, «los derechos humanos se han convertido en la *lingua franca* del pensamiento moral global, como el inglés se ha convertido en la *lingua franca* de la economía global». Ignatieff (2003), p. 53.

46 Perju (2012), pp. 1304-1327. En contra de esta práctica, véase Rosenkrantz (2003), pp. 269-295.

47 Groppi y Ponthoreau (2013), p. 417. No es de extrañar que, en el caso de los Estados Unidos, el juez de la Corte Suprema federal que promueve activamente la adopción del principio de proporcionalidad sea también el más ferviente promotor de la utilización del derecho comparado al momento de resolver controversias domésticas. Véase Breyer (2015).

3.1. «El que llega primero, gana»: la escala numerológica de los derechos

Como explicamos más atrás, el principio de proporcionalidad supone, entre otras cosas, un cierto compromiso con la idea de que no existe un orden jerárquico entre los derechos fundamentales. Lo que caracteriza a estos derechos es que las personas los tienen por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, y no por haber sido víctimas de un delito o cuasidelito civil, haber celebrado un contrato con un tercero o tener algún estatus especial que la ley protege (ser legítimo, en el caso del derecho de sucesión, por ejemplo). Al tratarse de derechos fundamentales están todos, en principio, en un mismo pie de igualdad. Ello supone que, en caso de colisión, el juez debe atender a criterios de resolución de conflicto específicos, distintos a los criterios que la teoría del derecho conoce normalmente para los casos de conflicto entre reglas, como es la especialidad, temporalidad y, desde luego, la jerarquía. Es acá donde el principio de proporcionalidad, con su característica ley de ponderación, auxilia al juez constitucional: mediante su utilización, el juez pondrá sobre una balanza los dos derechos en conflicto –o el derecho frente a un interés social impulsado por el Estado mediante, supongamos, una determinada política pública– y resolverá cuál de los dos tiene precedencia *en ese caso particular*.

Durante muchos años, la dogmática constitucional chilena fue ciega a la distinción entre reglas y principios, como estructura de normas. Como consecuencia de ellos, varios tratadistas nunca se preguntaron seriamente cómo debían resolverse casos de colisión entre derechos fundamentales; aún más, muchos sostenían que tal cosa simplemente no podía existir, asumiendo que siempre era posible lograr una «situación de equilibrio» entre los derechos, o que derechamente un derecho debía estar por sobre otro, lo que significa entender que entre los derechos fundamentales existen relaciones de jerarquía⁴⁸.

Probablemente la tesis más destacada entre los autores que pensaban que hay un orden jerárquico entre los derechos constitucionales la refleja el profesor y exministro del Tribunal Constitucional, José Luis Cea. A fines de la década de los noventa, Cea señalaba que debía «ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la

48 Contesse (2002), pp. 73-80.

vida e integridad personal»⁴⁹, agregando que, en general, la colisión entre derechos «es sólo aparente», idea que el constitucionalista toma de la discusión que se dio en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC)⁵⁰.

Esta comprensión de los derechos fundamentales como reglas, es decir, como normas respecto de las cuales es posible una aplicación final, de todo o nada, que importa que de aplicarse una, la posible regla que entra en conflicto tiene que necesariamente dejar de aplicarse o lisa y llanamente perder su validez⁵¹, llevó a la justicia constitucional a dictar sentencias que hoy ya no es posible encontrar.

La sentencia más emblemática sobre esta materia fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en 1993, en el caso de un recurso de protección que un empresario multimillonario interpuso en contra de un periodista que había escrito un libro dando cuenta de fiestas y orgías en la residencia de un embajador, actividades en las que el empresario había participado. En el fallo, la Corte sostiene que «[n]adie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19»⁵², agregando que «la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la *sucesión*

49 Cea (1996), p. 59. Según el profesor Cea, de acuerdo con esta idea de «jerarquía o gradación» se debe «principiar reconociendo y promoviendo los derechos más nucleares o configurativos de la personalidad de cada sujeto, para desde allí irradiar hacia los derechos corticales o que se refieren a la exteriorización de dicha personalidad en la convivencia social» (Cea, 1996, p. 173).

50 En la sesión 96ª de la Comisión de Estudio, el comisionado Jaime Guzmán sostiene que si la nueva Carta sigue «el orden de la Constitución actual [de 1925], no se resguardará convenientemente el *orden jerárquico de las garantías*» (destacado agregado). Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 96, celebrada el 19 de diciembre de 1974, pp. 30-31, citadas por Cea (1996), p. 174.

51 Un ejemplo de conflicto de reglas sería si por una parte hubiese una norma que establece la mayoría de edad a los 21 años y otra, como ocurre en la actualidad, a los 18 años. Ambas normas no pueden coexistir: una de ellas debe ser declarada inválida y con efectos generales, esto es, no para un caso particular, sino para cualquier caso (a riesgo de vulnerar el principio de igualdad ante la ley). Y, como hemos dicho, para determinar cuál de las dos reglas será la que prevalezca, el juez podrá recurrir a los criterios de temporalidad, jerarquía o especialidad. Una vez determinada cuál regla prevalece en general, la otra deja de ser válida.

52 Corte Suprema, Luksic Craig y otros con Martorell Cammarella y otros, Rol N° 983-93, de 15 de junio de 1993, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, 1993, II, Sección V, pp. 164-174 (destacado agregado).

descendente de su importancia». Para la Corte, no solo existía una jerarquía entre los derechos constitucionales; ella, además, se construía sobre el absurdo de su ubicación en el catálogo de derechos del artículo 19 de la Constitución. Por eso, dado que la protección a la vida privada se encuentra en el numeral 4, mientras que la libertad de información, en el numeral 12, «obviamente» debía preferirse *siempre* el derecho a la protección de la vida privada, sin importar las circunstancias del caso en particular. Un verdadero equivalente a decir, «el que llega primero, gana». Con esta forma de entender el conflicto entre los derechos fundamentales por supuesto no había necesidad de examinar teorías de argumentación, más allá de determinar cuál de los derechos tenía, para el constituyente, mayor importancia que el otro, en caso que la escala lexicográfica fallara.

3.2. Doctrina nacional reciente

Con el desarrollo de la práctica constitucional, la doctrina chilena fue poniendo creciente atención a las ideas formuladas por constitucionalistas en otros países. La *Teoría de los Derechos Fundamentales*, de Robert Alexy—traducida al español por el destacado profesor argentino radicado en Alemania, Ernesto Garzón Valdés—comenzó a diseminarse en forma paralela con una preocupación más sistemática respecto de la labor de la jurisdicción constitucional⁵³.

Son muchos los autores chilenos que han escrito sobre el principio de proporcionalidad. Acá resulta útil la clasificación que el profesor Pablo Contreras ha realizado, distinguiendo según el nivel de recepción de la teoría⁵⁴, entre aquellos que simplemente la describen⁵⁵, quienes la analizan⁵⁶, los que hacen aplicación de ella⁵⁷, la critican⁵⁸ y, finalmente,

53 Aunque algunos sostienen que la academia local adoptó la teoría de Alexy de manera «acrítica». Aldunate (2008), p. 117.

54 Contreras (2013), p. 103-127.

55 En este grupo están Agustín Squella, Ángela Vivanco, Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

56 Acá están Enrique Alcalde, Enrique Barros, Miguel Ángel Fernández González, Manuel Manson, Marcelo Montero, Claudio Nash y Claudio Oliva.

57 Aquí se agrupan Jorge Contesse, Pablo Contreras, Rodolfo Figueroa, Matías Guilloff y Pablo Ruiz-Tagle.

58 Donde se encuentran Enrique Aldunate, Fernando Atria, Francisco Saffie, Pablo Marshall, Cristóbal Orrego y Pablo Rodríguez Grez.

quienes tienen «postulados antitéticos con la teoría»⁵⁹. No hace falta reiterar acá la manera como los diversos profesores tratan la materia que estudiamos⁶⁰. Sí conviene señalar que en las últimas dos décadas, se ha expandido notoriamente el conocimiento por parte de la doctrina nacional del principio de proporcionalidad, sus ventajas y también las críticas que se le formulan.

Sin perjuicio de la opinión particular que los especialistas tengan respecto a este método de adjudicación constitucional, lo cierto es que todos ellos distinguen los diversos pasos que supone el razonamiento escalonado que se le exige al juez constitucional. Es posible sostener, así, que la doctrina parece haberse puesto al día, dejando atrás las categorías rígidas descritas más atrás, que entendían los problemas de interpretación de derechos fundamentales como un asunto de reglas y no de principios.

Corresponde ahora mirar lo que ha hecho la jurisprudencia, especialmente aquella que proviene del Tribunal Constitucional, toda vez que este tribunal concentra la labor de revisión judicial de las leyes en el sistema jurídico chileno.

3.3. El Tribunal Constitucional y el principio de proporcionalidad

Como hemos visto, para determinar el grado en que un Estado constitucional recoge o no el principio de proporcionalidad como mecanismo de adjudicación debe atenderse a la manera como los tribunales resuelven los conflictos que suscita la restricción de derechos fundamentales. En Chile, esta labor está radicada en el Tribunal Constitucional⁶¹. Por ello, resulta útil revisar la jurisprudencia de este tribunal y así completar el panorama respecto a la forma como el principio de proporcionalidad opera en nuestro medio.

Como ocurre en otros países, no existe disposición constitucional alguna que se refiera al principio de proporcionalidad como forma de ponderar derechos fundamentales. En Chile, sin embargo, existen cláusulas constitucionales similares a las que en otros países han

59 Aquí se ubicarían José Luis Cea, Humberto Nogueira, Emilio Pfeffer, Mario Verdugo y Jaime Guzmán.

60 A la lista de Contreras, cabría agregar al menos los trabajos de Zúñiga Añazco (2010), pp. 249-272; Álvez Marín (2013), pp. 255-308; Pica Flores (2013), pp. 309-333; García (2010), pp. 429-448 y Covarrubias (2014), pp. 163-237.

61 Artículo 93 y siguientes de la Constitución Política.

servido de fundamento normativo a este principio. Así, por ejemplo, encontramos la norma del artículo 19 N° 26, que establece la limitación al legislador de afectar la esencia de los derechos cuando este quiera regularlos⁶². Esta cláusula puede asimilarse, aunque con diferencias, a normas que se encuentran en las constituciones de Canadá y España, y que han servido precisamente para que la justicia constitucional de dichos países articule el principio de proporcionalidad.

A pesar de la falta de norma expresa, desde hace algunos años el Tribunal Constitucional entiende que en Chile el principio de proporcionalidad tiene aplicación. Con todo, la jurisprudencia sobre proporcionalidad está aún lejos de ser consistente. El Tribunal, en muchas ocasiones, si bien hace referencia al principio, no exhibe un razonamiento coherente, confundiendo los subprincipios que dan forma al análisis de proporcionalidad o bien descartándolos en la resolución de los conflictos que son sometidos a él, no obstante haber hecho referencia a ellos. Esto ha llevado incluso a calificar la utilización del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional como «caótica»⁶³.

Según explica Covarrubias, la primera vez que el Tribunal Constitucional hace alusión al principio de proporcionalidad fue en 2006⁶⁴. Desde entonces, señala el autor, el Tribunal se ha referido formalmente en al menos 128 ocasiones al principio de proporcionalidad, cifra que, con todo, debe tomarse con mucha distancia, dado que el tribunal lo hace «sin ceñirse en la mayoría de las ocasiones a aquel estándar», dando cuenta de un «influjo real [...] mínimo» e «irregular», lo que lleva al autor a concluir que el Tribunal Constitucional simplemente «no emplea el test de proporcionalidad»⁶⁵. Veamos algunos extractos de sentencias para tener una idea aproximada a los problemas que la jurisprudencia constitucional presenta en materia de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad supone que el juez de alguna manera evalúa la *performance* legislativa, con lo cual se corre el riesgo de entrometerse más allá de lo debido en lo que son las atribuciones exclusivas del Congreso. Durante años, el Tribunal mantuvo una actitud en extremo

62 Sobre esto, véase el Capítulo IX.

63 Zúñiga Añazco (2010), p. 263.

64 Covarrubias (2014), p. 164. El autor hace una exhaustiva revisión de los fallos del Tribunal Constitucional, destacando las muy escasas ocasiones en que el tribunal se refiere correctamente a este principio (según sus cálculos, solo un 0,66% del total de sentencias que el TC ha dictado desde 2006).

65 Covarrubias (2014), p. 215.

renuente a escrutar la razonabilidad de las leyes que eran sometidas a su examen. Según muestra Rodrigo Pica, se descansaba en la noción de «bondad» de la norma, criterio que le hacía rehuir de análisis como los que requiere un examen de proporcionalidad⁶⁶. Pero, posteriormente señala el profesor Pica –quien además se desempeña como abogado en el Tribunal–, este modificó su aproximación, entendiendo que a él «no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador, ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea [...] a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará»⁶⁷. Se aprecia aquí que, junto con disponer un estándar de autorrestricción judicial, el Tribunal identifica varios elementos propios del juicio de proporcionalidad: fin lícito, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, al momento de realizar el análisis escalonado que supone la proporcionalidad el Tribunal no lo aplica.

En el caso citado, por ejemplo, la materia bajo examen era la inaplicabilidad del artículo 450 del Código Penal, que sanciona como delito consumado los casos de tentativa y frustración del robo con violencia. El requirente señalaba que dicha medida legislativa afectaba el derecho a la igual protección de la ley, así como la presunción de inocencia, dado que no hacía diferencia en cuanto al injusto penal respecto de personas que efectivamente hubiesen cometido el delito y de quienes no. El Tribunal, sin embargo, determinó que «[p]ara el logro de la *finalidad lícita* de prevenir la comisión de ciertos delitos, el legislador ha empleado un *medio* que debe considerarse *idóneo* [...] Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había *otros más aptos para alcanzar igual finalidad*, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos»⁶⁸. «Que, por último, debe razonarse si el trato más gravoso que se aplica a los responsables de sólo algunos delitos [...] resulta proporcionado al beneficio que se espera obtener con el establecimiento de la diferencia [...] Imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse *tan*

66 Pica (2013), p. 313.

67 STC Rol N° 829-07, cons. 21°.

68 STC Rol N° 829-07, cons. 21°, énfasis agregado.

desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad»⁶⁹.

Estos pasajes son desconcertantes. En primer lugar, el Tribunal señala correctamente que el legislador persigue una finalidad lícita, cual es prevenir la comisión de ciertos delitos. Pero luego concluye sin dar fundamento alguno que el medio utilizado «*debe considerarse idóneo*». ¿Por qué? No lo sabemos y, como apunta Lopera Mesa, dado que un voto disidente argumentó precisamente que el medio utilizado por la ley *no era idóneo*—ya que al igualar las penas para delitos consumados y no consumados, el legislador quita incentivos al delincuente para que desista de su actuar criminal—, el voto de mayoría tenía que hacerse cargo con mayor fuerza de este elemento: debía justificar la idoneidad de la medida, no sentar que ella *debía* considerarse adecuada⁷⁰.

En seguida, y a pesar de que en la formulación que el Tribunal hace del principio de proporcionalidad no hay mención al subprincipio de necesidad, en este considerando el Tribunal sí lo tiene en cuenta, puesto que señala que podría haber medios «más aptos para alcanzar igual finalidad». El problema acá es doble: por un lado, no se entiende cómo el Tribunal, que está resolviendo un asunto particular, no teorizando sobre el tema, se contenta con que sus conclusiones podrían «dudarse» o «discutirse». Por otro lado, y conectado con lo anterior, cuesta entender por qué el Tribunal no fundamenta el descarte de medios alternativos. Si el objetivo es «prevenir la comisión de ciertos delitos», ¿quiere entonces decir que condenar la tentativa del mismo modo que la consumación es efectivamente el medio menos lesivo de los derechos fundamentales? Esa es la conclusión que se extrae de este fallo. Finalmente, el test de proporcionalidad en sentido estricto no se justifica: ¿qué puede querer decir que una medida no sea «tan desproporcionada»? ¿Lo es un poco, pero no lo suficiente como para declararse inconstitucional? ¿O lo es, pero dado el grado de deferencia legislativa, corresponde que el Tribunal se retraiga? La falta de justificación es seria⁷¹.

69 STC Rol N° 829-07, 6 de marzo 2008, cons. 22°, destacado agregado.

70 Lopera Mesa (2011), pp. 119 y siguientes

71 La ex-presidenta y actual ministra del Tribunal Constitucional, Marisol Peña, se ha referido a este tipo de sentencias, en las que, explica, hay «valores sociales» involucrados, como es «asegurar objetivos de política criminal que tornen más eficaz el anhelo social de prevenir y de sancionar determinadas conductas delictivas». Según ella, en estos casos se «justifica, razonablemente, que el legislador imponga límites a ciertos derechos fundamentales». El problema, como acontece con los considerandos explicados, es que dichos límites

En otros casos, a la falta de fundamentos se suma una derecha confusión respecto de los diversos test que dan forma al principio de proporcionalidad. Yanira Zúñiga destaca una sentencia de 2008 demostrativa de cómo el Tribunal Constitucional, como en muchos otros casos, hace referencia a los subprincipios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, saltándose el análisis de necesidad⁷². En dicho caso, se discutía si una resolución administrativa que obligaba al dueño de un predio colindante a una playa a soportar el gravamen de libre tránsito de personas para poder acceder a dicho bien nacional de uso público vulneraba o no el derecho de propiedad del requirente. Como se ve, un caso típico de afectación de derechos, en este caso por una medida administrativa (basada, en todo caso, en una de rango legal). Zúñiga cita *in extenso* algunos considerandos de la sentencia para mostrar la falta de claridad conceptual por parte del Tribunal. En ellos, el tribunal sostiene que el gravamen establecido por ley «constituye no sólo un medio idóneo para garantizar el acceso y con ello el efectivo uso público de los bienes nacionales de esa naturaleza, sino que puede afirmarse que es un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público»⁷³, concluyendo que «el precepto legal cuya constitucionalidad ha sido atacada para el caso concreto, al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos la obligación de facilitar el acceso público a ellos [...] ha empleado *un medio necesario, o al menos adecuado*, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo»⁷⁴. Como se puede observar, el Tribunal menciona los dos subprincipios, pero lo

no se encuentran debidamente justificados. Así, por ejemplo, Peña celebra una sentencia que rechazó la acción de inaplicabilidad de una persona que impugnaba la obligación de tomarse una muestra biológica de ADN para ser incorporada al Registro de Condenados. Allí, el Tribunal sostuvo que «por razones de política criminal, al Estado le interesa prevenir y sancionar, con particular energía, ese tipo de delitos atendida su gravedad. Con mayor razón, si uno de los deberes que la Constitución impone al Estado es “dar protección a la población y a la familia”». Como se ve, lo que Peña hace es contentarse con el primer paso del examen de proporcionalidad –fin constitucionalmente legítimo– para desde allí justificar la constitucionalidad de la medida. Véase Marisol Peña (2010), pp. 21-32.

- 72 Según Covarrubias, «la invocación y consecuencial aplicación del subprincipio de necesidad ha brillado por su escasez». Covarrubias (2014), p. 198. Zúñiga alude a la STC Rol N° 1141-08.
- 73 STC Rol N° 1141-08, cons. 24°.
- 74 STC Rol N° 1141-08, cons. 26°, destacado agregado.

hace confundiendo los en un solo paso, sin que sea posible responder la pregunta fundamental que permitiría un examen bajo ponderación: la medida en cuestión –permitir el acceso a través de terrenos privados colindantes con playas, la que debe asumirse como legítima, puesto que no hay referencia a ello–, ¿es adecuada y necesaria, o es adecuada o necesaria? Nuevamente, uno se queda sin una respuesta clara por parte del Tribunal.

Estos defectos de argumentación y justificación se pueden observar en prácticamente todas las sentencias en que el Tribunal identifica el examen de proporcionalidad como método de análisis para la resolución de los casos⁷⁵. El profesor Covarrubias destaca menos de diez sentencias «en que se ha advertido un mayor esfuerzo de correspondencia entre la formulación del test y su aplicación»⁷⁶. Para un exministro del Tribunal la evaluación es similar, aunque menos drástica que la expresada por la doctrina⁷⁷. Según Correa Sutil, el Tribunal, a partir de 2006, ha ido incorporando argumentos y metodologías del derecho comparado –especialmente, señala, de la justicia constitucional española, aunque habría que agregar las referencias explícitas que el Tribunal hace a la doctrina comparada alemana⁷⁸–, que permitirían dar solidez y consistencia a la práctica institucional del Tribunal, reparando, en todo caso, que «lo que se pide a los tribunales es que apliquen bien aquella [dogmática] que enuncian»⁷⁹.

75 Covarrubias (2014), pp. 198–204.

76 Estos casos son STC Rol Nº 755-07; STC Rol Nº 1141-08 (explicada más atrás); STC Rol Nº 1215-08; STC Rol Nº 1046-08; STC Rol Nº 1061-08; STC Rol Nº 2071-11 y STC Rol Nº 2102-11. Con todo, «en las contadas ocasiones en que el TC logra aproximarse en términos globales a un test, lo hace bajo la modalidad de exigir la concurrencia de tres requisitos –finalidad lícita, adecuación y proporcionalidad al fin–, omitiendo en la casi totalidad de los casos la regla [sic] de la necesidad y formulando una proporcionalidad en sentido estricto sustantivamente diversa a aquella versión adoptada y promovida por la noción optimizadora del estándar» Covarrubias (2014), p. 207 (énfasis en original). La «noción optimizadora» que denomina Covarrubias es la formulación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Federal alemán y autores como Alexy. A esta, Covarrubias opone una noción «garantista de los derechos» que él atribuye al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Cámara de los Lores británica.

77 Correa Sutil (2011), pp. 96–126.

78 Por ejemplo, en el fallo recaído sobre la Ley 18.933, aplicables a las Isapres, donde se hace referencia expresa a la doctrina de Robert Alexy. STC Rol Nº 1710-10, cons. 91º a 93º.

79 Correa Sutil (2011), p. 125.

Lo que podemos extraer de esta resumida mirada a la práctica constitucional chilena es que, por un lado, ha habido un notable avance en cuanto a la recepción y conocimiento del principio de proporcionalidad como forma de reconstruir dogmáticamente los problemas que suscita la regulación de derechos fundamentales. Por otro lado, si bien la jurisprudencia constitucional se ha abierto a los influjos del derecho comparado –no solo de España o Alemania, sino también de cortes de América Latina⁸⁰–, y con ello ha recogido formal y expresamente el test de proporcionalidad como mecanismo de interpretación constitucional, no ha habido una aplicación consistente de él, lo que genera espacios de incertidumbre y, desde luego, no ayuda a fortalecer la solidez de la práctica constitucional.

4. Conclusión: proporcionalidad y el nuevo diseño constitucional chileno

En este capítulo se ha revisado el principio de proporcionalidad y la íntima conexión que tiene con la adjudicación que afecta derechos fundamentales. Desde su adopción de manera decisiva por parte del Tribunal Federal alemán, a mediados del siglo pasado, hasta las formulaciones que otras cortes constitucionales hacen de él, el principio de proporcionalidad se encuentra hoy fuertemente enraizado en la teoría y práctica constitucional. Se ha intentado explicar en qué consiste este método de interpretación constitucional, para luego ofrecer un panorama acerca del modo como la jurisprudencia y doctrina chilena lo recogen y aplican. Según se constató, hay una discrepancia entre la forma como los autores que han estudiado la materia logran recogerlo y aplicarlo y las formas aún inconsistentes en que el Tribunal Constitucional hace uso de él.

Para cerrar me permito hacer algunos breves comentarios respecto de la importancia que tiene el principio de proporcionalidad tanto para la solidez de la práctica constitucional como aun para la relación de esta con una democracia constitucional que se toma en serio los derechos fundamentales⁸¹. Este capítulo es parte de un estudio más general que tiene lugar en medio de una intensa discusión sobre cambio constitucional. Buena parte del debate se centra en los mecanismos y procedimientos de reforma, esto es, la forma como debiera realizarse

⁸⁰ Por ejemplo, las referencias a un fallo de la Suprema Corte de México que se encuentran en la STC Rol N° 790-07, citada por Correa Sutil (2011), p. 119.

⁸¹ Para las críticas al principio de proporcionalidad en su estadio de ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto), véase Capítulo VI, sección 2.5.

el cambio constitucional⁸². Pero junto con esa discusión, también es necesario atender a cuestiones de contenido, respecto del fondo del proceso de cambio constitucional. Aquí importará preguntarse sobre el tipo de Estado que debiera ser Chile, la forma de gobierno, la descentralización y distribución de competencias entre los diversos órganos que ejercen potestades públicas. Y, desde luego, tenemos que preguntarnos por cuáles son los derechos fundamentales que queremos reconocer e, igualmente importante, cómo resolver las disputas que necesariamente surgen en una sociedad abierta y plural cuando los derechos entran en colisión con otros derechos o bien con objetivos de política pública.

El principio de proporcionalidad puede ayudar precisamente en esta dirección. No solo al ofrecer una metodología para la resolución de conflictos particulares, sino porque, antes que ello, es un método que se compromete con una forma de entender los derechos en el contexto de la democracia constitucional, que favorece lo que en Sudáfrica se conoció como «cultura de la justificación»⁸³. Acoger el principio de proporcionalidad supone aceptar que las definiciones sobre los derechos no pueden quedar zanjadas de una vez y para siempre, ya sea en un texto constitucional, una ley del Congreso o aún una decisión judicial. Es una conversación constante entre los poderes públicos y la ciudadanía, donde lo que importa es que todos ellos sean capaces de dar razones públicas para explicar sus posiciones⁸⁴. Es una forma de interdecir la arbitrariedad, unir los «diferentes niveles de racionalidad del derecho constitucional»⁸⁵, y como apunta Jackson, acercarlo a la justicia⁸⁶.

82 Ver, por todos, Joignant y Fuentes (2015).

83 Al presentar el nuevo catálogo de derechos de la Constitución sudafricana, uno de sus redactores, el profesor Etienne Mureinik, dijo: «si la nueva Constitución es un puente que permite abandonar una cultura autoritaria, resulta claro hacia dónde debe llevarnos: hacia una cultura de justificación, una cultura en la que todo ejercicio del poder debe ser justificado; en la cual el liderazgo del Estado descansa en la fuerza de los argumentos que sostienen sus decisiones, no en el temor que inspira la fuerza que ejerce». Mureinik (1994), pp. 259-283.

84 Kumm (2010), pp. 141-175. Sobre la ausencia de razones públicas en la práctica constitucional chilena, ver Contesse (2002), pp. 679-701.

85 Zúñiga Añazco (2010), p. 250.

86 Jackson (2015), p. 3103 («La proporcionalidad como principio permite acercar el derecho constitucional a la justicia constitucional»).

Junto con ello, es un mecanismo que permite participar del desarrollo del derecho transnacional de manera privilegiada. Por un lado, al poner al centro la protección de los derechos fundamentales, los que se encuentran recogidos en prácticamente todas las constituciones del mundo occidental, y, por el otro, dado que promueve la inspección de cómo los tribunales de otros lugares argumentan en base a principios. Aquí habrá quienes piensen que es necesario favorecer un análisis descontextualizado, utilizando el razonamiento moral⁸⁷, mientras que otros favorecerán una mirada al contexto específico de cada sociedad donde toque hacer el ejercicio de ponderación.

Todas estas posturas tienen que presentarse en un debate sobre cambio constitucional, pensando en particular en la manera cómo se materializará dicho cambio en las décadas que seguirán a la adopción de una nueva Constitución. Para ello, sería recomendable pensar en el establecimiento de una cláusula general de limitación de derechos, que no descansa en el carácter esencialista de la actual Constitución—donde se prohíbe afectar a los derechos «en su esencia» y se entiende a estos como «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana»—. Una fórmula como esta permitiría que el constituyente dibuje los rasgos generales de los derechos fundamentales, dejando al juego democrático, donde interviene principalmente el Congreso, pero donde ocupa un espacio también la justicia constitucional, la definición precisa de cuáles son los derechos que, en definitiva, tenemos.

Bibliografía citada

- ALEX, ROBERT, 1993: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (2014): «Constitutional Rights and Proportionality», *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, No. 22.
- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ÁLVEZ, AMAYA, 2013: «La migración del análisis de proporcionalidad a Chile: “matriz analítica” o simplemente un “culto” en la dogmática de derechos fundamentales, en Humberto Nogueira (coord.), *Diálogo Judicial Multinivel y Principios Interpretativos Favor Persona y Proporcionalidad*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- ARISTÓTELES, 1991: *La Política*. México: Ed. Porrúa Hermanos.

87 Klatt y Meister (2012), p. 687.

- ÁVILA, RAMIRO, 2008: «El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (relexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)», en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- BARAK, AHARON, 2012, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BEATTY, DAVID M., 2004: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BREYER, STEPHEN, 2010: *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf.
- _____. (2015): *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. New York: Alfred A. Knopf.
- BURGA CORONEL, ANGÉLICA MARÍA, 2011: «El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano», en *Gaceta Constitucional*, No. 47.
- CARBONELL, MIGUEL (ed.), 2008: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CÁRDENAS GRACIA, JAIME, 2014: «Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 139.
- CASTILLO-CÓRDOVA, LUIS, 2005: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano», en *Revista Peruana de Derecho Público*, Vol. 6, N° 11.
- CEA, JOSÉ LUIS, 1996: «Presentación y estudio introductorio», en Carlos Peña y José Luis Cea, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- _____. (1999): «El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica», en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. X, pp. 199-203.
- COHEN-ELIYA, MOSHE & IDDO PORAT, 2013: *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CONESA LABASTIDA, LUISA, 2013: «La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de igualdad», en *Revista de Derecho Político*, enero-abril.
- CONTESSE, JORGE, 2002: «Reglas y principios: jerarquía entre los derechos constitucionales?», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 20.
- CONTESSE, JORGE, 2002: «Liberalismo político y posibilidades de la razón pública en Chile», en *John Rawls: Estudios en su memoria*, pp. 679-701.
- CONTRERAS, PABLO, 2013: «Teoría de los principios y derechos fundamentales en Chile», en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año III, N° 3.

- CORREA SUTIL, JORGE, 2011: «Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?», en *Anuario de Derecho Público UDP*, Santiago.
- COVARRUBIAS, IGNACIO, 2014: «¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad?», en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1.
- DWORKIN, RONALD, 1984: *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- GARCÍA, FRANCISCO, 2010: «El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial», en *Anuario de Derecho Público UDP*, No. 1.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, 1982: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- GENTILI, GIANLUCA, 2013: «Canada: Protecting Rights in a “Worldwide Rights Culture”. An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982-2010)», en GROPPI, Thanie y PONTTHOREAU, Marie-Clare (Ed.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing, pp. 39-67.
- GRANT HUSCROFT, BRADLEY W. MILLER & GREGOIRE WEBBER (eds.), 2014: *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning 1*.
- GRIMM, DIETER, 2012: «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», *Univ. of Toronto L.J.*, No. 57.
- GROPPI, THANIE y MARIE-CLARE PONTTHOREAU (Ed.), 2013: *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing.
- IGNATIEFF, MICHAEL, 2003: *Human Rights as Politics and Idolatry*. New Jersey: Princeton University Press.
- ITURRALDE, MANUEL, 2013: «Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change», en D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. Cambridge University Press.
- JACKSON, VICKI C, 2015: «Constitutional Law in an Age of Proportionality», en *Yale L.J.*, No. 124.
- JOIGNANT, A. & C. FUENTES (eds.) 2015: *La Solución Constitucional*. Santiago: Editorial Catalonia.
- KLATT, MATHIAS & MORITZ MEISTER, 2012: «Proportionality -A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy», en *Interntational Journal of Constitutional Law* No. 10.
- KUMM, MATTIAS, 2010: «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», en *Law & Ethics of Human Rights*, No. 4.
- LEAL, FERNANDO, 2014: «Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo», en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Año 14, No. 58.

- LOPERA MESA, GLORIA, 2011: «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia», en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, No. 2.
- MATHEWS, JUD y ALEC STONE SWEET, 2011: «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», en *Emory Law Journal*, Vol. 60, No. 4.
- MUREINIL, ETIENNE, 1994: «A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights», citado por Stephen Gardbaum, «Proportionality and Democratic Constitutionalism», en Grant Huscroft; Bradley W. Miller & Gregoire Webber (eds.) 2016: *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NEVES, MARCELO, 2013: «Princípios e Regras: Do Juiz Hidra ao Juiz Iolau», en José Augusto Fontoura Costa; José Maria Arruda De Andrade & Alexandra Mery Hansen Matsuo (orgs.), *Direito: Teoria e Experiência*, Tomo II.
- PEÑA, MARISOL, 2010: «La idea de la Constitución viviente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno», en *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, No. 10.
- PERELLO DOMENECH, ISABEL, 1997: «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, No. 28.
- PERJU, VLAD, 2012: «Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations», en M. Rosenfeld & A. Sajo (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- PICA FLORES, RODRIGO, 2013: «Algunas notas jurisprudenciales sobre la introducción del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile», en Humberto Nogueira (coord.), *Diálogo Judicial Multinivel y Principios Interpretativos Favor Persona y Proporcionalidad*. Santiago: Librotecnia.
- PORAT, IDDO, 2016: «Mapping the American Debate over Balancing», en Grant Huscroft; Bradley W. Miller & Gregoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RAWLS, JOHN, 1993: *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- ROCA TRIÁS, MARÍA ENCARNACIÓN & MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUÍZ, 2013: «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», ponencia presentada en la *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma*, disponible en <<http://bit.ly/1FGdXJr>>.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, 2011: «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights in Latin America», en *Texas L. R.*, Vol. 89, No. 7.

- ROSENKRANTZ, CARLOS, 2003: «Against borrowings and other non authoritative uses of foreign law», en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1.
- SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, 2008: «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana», en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ecuador.
- SCHLINK, BERNHARD, 2012. «Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?», en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22.
- TREMBLAY, LUC B., 2015: «An egalitarian defense of proportionality-based balancing», en *International Journal of Constitutional Law*, No. 12.
- UPRIMNY, RODRIGO, 2006: «The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates», en R. Gargarella & T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Ashgate Publishing Company.
- VINX, LARS, 2015: *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press.
- ZÚÑIGA, YANIRA, 2010: «El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno», en *Ius et Praxis*, Año 16, No. 2.

Capítulo IX: Contenido esencial de los derechos fundamentales

Jaime Bassa* y Christian Viera**

1. Introducción

La noción de contenido esencial constituye una de las piedras angulares del entramado conceptual que sostiene al sistema de protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno¹. Se trata de una categoría conceptual abierta e indeterminada, que cuenta con un denso contenido material. Está formulada como un límite a la regulación legislativa del ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente, a través del escueto enunciado normativo del artículo 19 N° 26 de la Constitución. La densidad conceptual del enunciado, junto a su apertura e indeterminación, ha dado paso a que esta categoría sea utilizada como una de las principales herramientas para la configuración hermenéutica de los derechos, tanto en sede de control preventivo de constitucionalidad de las leyes, como en sede de protección en la judicatura ordinaria.

Sin embargo, se trata de una categoría constitucional polémica, que se ha consolidado al alero del llamado *neoconstitucionalismo*, proyecto constitucional caracterizado por sobrevalorar los principios constitucionales y la función de los jueces constitucionales como máximos intérpretes de la Constitución. En efecto, esta categoría ha significado una inmejorable puerta de entrada para la configuración judicial del derecho constitucional, convirtiéndose en una herramienta recurrente para encauzar la actividad política dentro de los límites

* Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.

** Doctor en Derecho, Universidad de Deusto. Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.

1 Sobre la relación entre contenido esencial y tipo iusfundamental también puede verse el Capítulo II, sección 4.

(supuestamente) determinados por la Constitución. El principal problema radica, precisamente, en aquella pretensión teórica que asume la existencia de una configuración normativa de los límites a la actividad política y legislativa, cuya observancia debe ser vigilada por la judicatura, y que parte importante de la doctrina tradicional ha abrazado con entusiasmo, según veremos. Por tratarse de una categoría abierta e indeterminada, su configuración queda entregada, precisamente, a la interpretación constitucional.

Asimismo, a pesar de su carácter polémico, se observa la ausencia de una reflexión crítica sobre el particular en los manuales nacionales de derecho constitucional. Así, por ejemplo, no se ha abordado suficientemente en qué sentido una categoría conceptual que apela a las dimensiones abstractas y metafísicas de los derechos fundamentales, puede servir para proteger su ejercicio, que es, por definición, el elemento material de los derechos de las personas. Más aún, esta categoría ha sido utilizada por la Constitución vigente con la finalidad explícita de limitar la actividad normativa del legislador democrático, limitándolo en la regulación del ejercicio de los derechos. Esta discusión debe realizarse con un ojo puesto en la reflexión relativa a materias necesariamente complementarias y que son tratadas en el presente libro, tales como la ponderación en tanto técnica para la solución de conflictos entre derechos.

2. El concepto de «contenido esencial» en la doctrina nacional

La doctrina constitucional chilena ha tratado esta temática con un dispar nivel de profundidad y siguiendo la tónica que ha caracterizado a esta manualística en tanto género literario: una descripción preferentemente formal de los enunciados normativos, sin profundizar en las discusiones teóricas que le trascienden y apoyándose en el recurso a la interpretación constitucional de corte originalista.

Así, por ejemplo, Verdugo, Pfeffer y Nogueira han señalado que «del análisis de la disposición se puede inferir: 1º que ella se encuentra referida a preceptos legales (leyes, decretos con fuerza de ley y tratados internacionales que no versen sobre derechos fundamentales); 2º que dichas normas regulen, complementen, o limiten en los casos que la propia Constitución lo autorice, las garantías (con propiedad debe decirse derechos), y 3º que ellos no podrán afectar la esencia del derecho o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su

libre ejercicio»², sin profundizar en el alcance conceptual del *contenido esencial* en tanto límite constitucional al legislador. En última instancia, los autores aceptan que la responsabilidad final de determinar cuándo el legislador ha vulnerado este «límite constitucional» recae en el propio Tribunal Constitucional.

Por su parte, Nogueira concuerda con esta visión, cuando afirma que dicho contenido esencial se constituye en una barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos. El autor sitúa al legislador en una tensión dialéctica con la justicia constitucional, cuando afirma que «el contenido esencial del derecho es un concepto jurídico indeterminado que debe determinarse para cada derecho específico. En última instancia, el Tribunal Constitucional, como intérprete final de la Constitución, será quien especifique tal contenido esencial que hace reconocible al respectivo derecho»³. Así, el llamado límite constitucional al legislador se traslada de la norma a la interpretación del Tribunal Constitucional, sin que el autor asuma críticamente las implicancias que puede tener la objeción democrática que se ha formulado a esta institución.

Molina⁴ y Vivanco⁵ coinciden en que «lo esencial es permanente», aunque sin profundizar en cómo se verifica lo supuestamente permanente cuando la garantía del contenido esencial se materializa en el ejercicio del derecho. Incluso Vivanco recurre a la definición castellana para afirmar que «respecto de lo que se entiende por la “esencia” de los derechos, hay que considerar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define por tal la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable en ellas, lo que el ser es»⁶, aunque sin dilucidar que «es» el *contenido esencial*, para luego reconocer que esta determinación depende del caso concreto: «se impide su “libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable»⁷. En la misma línea, se ha señalado que «un derecho es afectado en su esencia

2 Verdugo, Pfeffer y Nogueira (2002), p. 328.

3 Nogueira (2005)

4 Molina (2008), p. 277.

5 Ibid., p. 485.

6 Ibid., p. 485.

7 Vivanco (2006), p. 486.

cuando se lo priva de un elemento que le es consustancial o se lo somete a requisitos o exigencias que lo hacen irrealizable»⁸. Se define sin definir, es decir, sin determinar el ámbito conceptual propio del término que, por consiguiente, se excluye de otros términos cercanos.

Esta conceptualización del *contenido esencial*, como un ámbito intangible de los derechos, consolida la idea de que existen atributos de los derechos que están sustraídos «de cualquier regulación o injerencia normativa»⁹; valores que no están a disposición de ninguna potestad jurídica¹⁰. Para reafirmar esta concepción, la doctrina remite la competencia del legislador sólo a regular el ejercicio de los derechos, que sí podría ser objeto de restricciones, mas no un núcleo que, tautológicamente, «es inafectable por el legislador»¹¹.

Como se desprende, es posible identificar una tendencia transversal en la doctrina nacional, a partir de la cual se pretende desligar este concepto de la dimensión material propia del ejercicio de los derechos, así como a invisibilizar el carácter político del proceso nomogénico, asumiendo que aquello que es permanente en los derechos tiene una suerte de existencia que no depende del ordenamiento jurídico. Asimismo, es evidente el carácter tautológico de algunas definiciones conceptuales, cuyo desarrollo casi no se separa del tenor literal del precepto constitucional. La manualística pareciera decirnos que *el contenido esencial de los derechos remite a la esencia misma de los derechos*.

Pareciera que no existe una única interpretación correcta posible de las normas constitucionales, sino que esta dependerá de cómo el intérprete recoge o protege el consenso constitucional que legitima a la Constitución en el momento de su interpretación. A este respecto, el Tribunal Constitucional español, a propósito de la garantía institucional de los derechos, acierta al afirmar que: «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución *en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social*

8 Evans (2006), p. 82.

9 Cea (2012), p. 641.

10 El autor aborda este concepto entendiendo que existe un derecho a la seguridad jurídica como tal (Cea, 2012, pp. 629, 643) y no solo una regla de interpretación constitucional (Cea 2012, p. 641).

11 Cea (2012), p. 641.

en cada tiempo y lugar»¹². Es decir, el órgano jurisdiccional entiende que su función no es petrificar determinada concepción acerca del bien protegido —cualquiera éste sea—; por el contrario, al reconocer en el pueblo la titularidad del poder constituyente, protege las opciones constitucionales propias de éste, relativas en cada tiempo y lugar.

Este esfuerzo de la doctrina nacional por realizar una delimitación conceptual del *contenido esencial*, no está suficientemente complementado con un trabajo destinado a determinar aquella dimensión de los derechos fundamentales que el legislador sí puede afectar; a saber, su ejercicio. En alguna medida esta ausencia podría explicar las definiciones circulares. Importantes preguntas vinculadas a esta dimensión, y que integran el aparato discursivo de la doctrina constitucional chilena, quedan sin respuesta: ¿Cuándo el legislador establece exigencias que hacen irrealizable el derecho? ¿Cuándo se puede decir que el legislador ha impedido el libre ejercicio de un derecho? A nuestro juicio, al *contenido esencial* en tanto concepto constitucional, debiera complementarse con un esfuerzo por des-ontologizar el estudio de los derechos, mediante la incorporación de la dimensión material que cada uno de ellos tiene. Los derechos contenidos en las constituciones no son sólo declaraciones de principios, son también enunciados normativos que establecen y regulan relaciones jurídicas entre sujetos (Estado e individuos), las que se construyen y desarrollan normativamente a partir de garantías y deberes, los que podrán ser exigidos según la configuración, particular y contingente, del caso concreto, es decir, luego de trabada una relación jurídica específica. Sin la consideración de este elemento material en la construcción del concepto, el recurso a categorías abiertas e indeterminadas para definir otro de iguales características seguirá arrojando definiciones tautológicas.

3. El problema de la delimitación del contenido esencial

Como hemos señalado, tratar sobre el contenido esencial de un derecho fundamental no es cosa fácil. Por un lado, se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse¹³.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional español, N° 11/1981, de 28 de julio de 1981, énfasis agregado.

¹³ Un desarrollo pormenorizado del tema de los límites a los derechos fundamentales véase en el Capítulo VI.

Tal es así que, echando un vistazo a la historia, es posible advertir que la comprensión que se ha tenido sobre ellos no es la misma ayer que hoy, y baste pensar en uno concreto para verificar la mutación que ellos sufren.

Sin embargo, a pesar de las mutaciones históricas, ¿queda un espacio indisponible? ¿Es la esencia de los derechos una categoría supra espacio/temporal? Eso es lo que trataremos de analizar y en específico, el caso de la libertad de empresa.

La cláusula «contenido esencial» es ejemplo paradigmático de cláusula abierta y, la determinación de su contenido ha sido analizado por la doctrina desde diversas perspectivas.

En la temprana sentencia de 1981, el Tribunal Constitucional español abordó esta cuestión, declarando que constituye el contenido esencial de un derecho «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) 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»¹⁴.

A pesar de lo rotundo de las palabras, poco podemos deducir de esta definición, porque, cuáles son aquellos elementos pertinentes que permiten reconocer al derecho como perteneciente a un tipo o cuáles son las condiciones que favorecen su comprensión. Como se trata de un problema polémico y dificultoso, urge detenerse, en un primer momento, en los enfoques generales acerca del contenido esencial de los derechos.

Como es sabido, al interpretar esta cláusula pugnan dos posiciones: las teorías relativa y absoluta.

La primera identifica contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación: contenido esencial sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima¹⁵. Alexy, para este caso, identifica el contenido esencial con lo que queda tras la ponderación, es decir, «las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español, Nº 11/1981, de 8 de abril de 1981, FJ 8, párr. 1º.

¹⁵ Véase Prieto Sanchís (2000), p. 438.

del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad»¹⁶.

Por su parte, el principio de proporcionalidad consta de tres elementos: el examen de la adecuación de la limitación al bien que mediante ella se quiere proteger; el examen de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir una medida menos gravosa y la proporcionalidad estricta, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende¹⁷. En resumidas cuentas, el contenido esencial será respetado cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto¹⁸.

La segunda, la teoría absoluta, sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso: contenido esencial sería una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate¹⁹.

Tratándose de las teorías absolutas, no existe una sola postura, pero es característica en ellas la distinción para cada derecho de dos partes: un núcleo y una parte accesorio. Tratándose del núcleo, las limitaciones

¹⁶ Véase Alexy (2007), p. 259.

¹⁷ Véase el Capítulo VIII: «Proporcionalidad y derechos fundamentales».

¹⁸ Véase Martínez-Pujalte (1997), pp. 21-22. Para el principio de proporcionalidad, y sin que la lista de obras sea exhaustiva, véase Sarmiento Ramírez-Escudero (2007); Carbonell (2007); González Beilfuss (2003); Fernández Nieto (2008); Bernal Pulido (2007); Terradillos Ormaetxea (2004); Vidal Fueyo (2005), pp. 427-447.

¹⁹ Véase Prieto Sanchís (2000), p. 438; Alexy (2007), p.259. El mismo Prieto Sanchís dice que «la tesis de la ilimitabilidad de los derechos pretende ofrecer una estrategia interpretativa simplificadora de los problemas que tradicionalmente ha planteado la limitación de los derechos y, en particular, también una fórmula para cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de la ponderación de bienes. La idea central consiste en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos: en lugar de decir, por ejemplo, que una ley limita la libertad religiosa en nombre del orden público o la de expresión en nombre del derecho al honor, se viene a sostener que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos son en realidad “externas” o “ajenas” al contenido de la libertad tutelada; sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo del orden público o del honor un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional; de manera que allí donde la ley restrictiva aparece cabría decir que limita la “libertad natural”, pero no la “libertad jurídica”, cuyos contornos aparecen definidos por las conocidas cláusulas del orden público, del derecho al honor, etc». Prieto Sanchís (2000), p. 433.

no son posibles porque se trata del contenido esencial, permitiéndose las restricciones en el anillo exterior o accesorio, siempre y cuando éstas no sean arbitrarias²⁰.

Ahora bien, el problema que presenta la cláusula es que no se trata sólo de un concepto indeterminado, sino que también puede llegar a ser un concepto impredecible, en el sentido que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo esencial que tiene un derecho fundamental. Si esto es así, sólo en el momento del concreto juicio por un Tribunal se podrá determinar si aquello que se presenta como derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión²¹.

En todo caso, parece que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que acoge la concepción relativa²², especialmente porque se trata de una teoría más realista, honesta y convincente justificar el no otorgamiento de protección a un derecho fundamental aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta, que cuando se afirma que no se protege la conducta de que se trate porque no forma parte del derecho²³. Con todo, es necesario señalar que, según ha señalado Alexy, el Tribunal Constitucional alemán, al parecer, sostiene la teoría absoluta, sin embargo, se trata de una posición que no es definitiva, toda vez que existen sentencias contradictorias que permitirían postular que más bien lo propuesto por el Tribunal es la teoría relativa²⁴.

Con todo, a pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, ya que tras aplicar el principio de proporcionalidad puede ocurrir que nada quede y suponga el vaciamiento del derecho. Pero la absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías en la medida que,

20 Véase Martínez-Pujalte (1997), pp. 22-23.

21 Véase Prieto Sanchís (2000), p. 439.

22 Véase Paz-Ares y Alfaro Águila-Real (2002), p. 398. Prieto Sanchís cree que el Tribunal Constitucional ha hecho un uso prudente de la idea de contenido esencial y, lejos de enarbolarlo como un criterio autónomo y absoluto de control de la ley, parece haber observado una tendencia relativizadora, identificándolo con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente. Véase Prieto Sanchís (2000), p. 440.

23 Véase Alexy (2007), pp. 284-285.

24 Sobre este punto, véase Alexy (2007), pp. 259-262.

respetado el contenido esencial, la ley podría operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultando que toda ley limitadora del «contenido adjetivo» debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada²⁵.

4. Análisis tópico comparado del contenido esencial: el emblemático caso de la libre empresa

4.1. El contenido esencial de la libertad de empresa en el derecho español

Veamos qué resulta de esta polémica para el caso de la libertad de empresa en el derecho español.

Si la cláusula «contenido esencial» es de difícil determinación para los derechos fundamentales, no es distinto el panorama tratándose de este derecho y también colisionan las teorías absoluta y relativa.

Una consideración previa. La reflexión sobre el contenido esencial de un derecho fundamental supone un análisis de la razonabilidad de sus límites, es decir, revisar si hay un espacio sujeto a limitación, o si éstos son pertinentes, cuáles son las condiciones que lo permiten. Y esa dialéctica se presenta en el caso de la libertad de empresa, habida cuenta del importante rol que cabe al Estado como agente económico.

Por un lado, se encuentran aquellos que defienden para la libertad de empresa un contenido irreductible, inmune a toda limitación. Se reconoce que es tarea difícil, pero no renuncian a presentar un contenido absoluto para la libertad de empresa. En esta situación aparecen Rubio Llorente²⁶, Aragón Reyes²⁷ y Arroyo Jiménez.

25 Véase Prieto Sanchís (2000), p. 438.

26 Véase Rubio Llorente (1996), pp. 440-445. Este autor, ante la dificultad de fijar un contenido esencial para la libertad de empresa, asocia este derecho a la igualdad: «la libertad de empresa conlleva así, asociada con la unidad del mercado, una particular aplicación del principio de igualdad, la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen. No que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado» (Rubio Llorente 1996, p. 445). Esta posición ha sido muy criticada, principalmente porque resta autonomía a la libertad de empresa, reduciéndolo a la igualdad. Véase Arroyo Jiménez (2004), p. 154; Aragón Reyes (1995), pp. 21-25; Paz-Ares, Alfaro Águila Real (2002), p. 395.

27 Aragón proporciona algunos elementos para determinar el contenido esencial. Parte de la distinción entre la facultad de iniciar, desarrollar y abandonar

En el caso de Arroyo Jiménez, expresamente se adscribe a la teoría absoluta²⁸, sin embargo, se muestra crítico con otras posiciones absolutas. Identifica el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa con el mandato dirigido a los poderes públicos de reconocer el marco de la economía de mercado, de modo que su contenido esencial «se concreta en el derecho individual a afrontar libremente aquellas actividades económicas cuya configuración como actividades de titularidad o de estricta regulación públicas, por implicar una transformación del modelo económico constitucional, resultaría contrario al contenido esencial»²⁹.

Claro está, libertad de empresa no puede entenderse sin mercado, por lo que identificar el contenido esencial de este derecho con la mantención de la economía de mercado y la imposibilidad de un cambio de modelo económico, es aportar muy poco, porque la misma institucionalización del mercado en la constitución española implica la imposibilidad de su mutación. Tal vez, en un anhelo por defender la teoría absoluta, este autor se empeña por encontrar un reducto intocable, sin embargo, apostar por el respeto al modelo económico de mercado es insuficiente como contenido esencial de la libertad de empresa, habida consideración que la economía de mercado ya está protegida constitucionalmente.

A nuestro entender, a pesar del notable esfuerzo que realizan los autores por encontrar un espacio intocable para la libertad de empresa, se podría sostener que la respuesta adecuada a esta cuestión está dada por la propuesta de la teoría relativa.

Como señalan Paz-Ares y Alfaro, parece inútil el esfuerzo por tratar de delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. «La desazón

una actividad empresarial y frente a cada una de ellas señala un reducto infranqueable: «en cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también ese reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública» Aragón Reyes (1995), p. 33. Al parecer, la STC español 225/1993, de 8 de julio de 1993, FJ 3 letra b es de esta opinión. Las críticas a esta opinión apuntan a la dificultad en la determinación de los mínimos de esencialidad, dado que en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias puede resultar legítima.

28 Véase Arroyo Jiménez (2004), p. 119.

29 Arroyo Jiménez (2004), p. 157.

proviene del hecho de que, por mucho que reduzcamos el contenido de la libertad de empresa, siempre puede haber razones que legitimen al legislador para no respetar ni siquiera ese ámbito»³⁰.

Por ello la teoría de la proporcionalidad es una respuesta adecuada a esta problemática; la proporcionalidad exige el cumplimiento de tres condiciones: que la medida sea necesaria, adecuada y proporcionada³¹. Hecho ese análisis y cumplidas las condiciones, en ese momento, y atendido el caso concreto, podría estimarse que la norma legal es constitucional porque respeta el contenido esencial de la libertad de empresa.

La libertad de empresa es un derecho de textura abierta, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo³².

Asimismo, lo particular de la libertad de empresa es que el constituyente habría delimitado el derecho no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas como «interés general», «exigencias de la economía general» o la «planificación», por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a las cláusulas generales y sociales. A fin de cuentas, la gran mayoría de las tareas que justifican la calificación del Estado como social otorgan títulos de intervención en la actividad económica privada³³.

Con todo, estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe arbitrar soluciones a los posibles conflictos

30 Paz-Ares, Alfaro Águila-Real (2002), p. 394.

31 Para el estudio detallado del principio de proporcionalidad véase el Capítulo VIII.

32 Y así la ha afirmado el Tribunal Constitucional español en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa. Sentencia del Tribunal Constitucional español, Nº 37/1987, de 26 de marzo de 1987: «desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular...» (FJ 5, párrafo 8º, énfasis agregado); «(la) libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa» (FJ 5, último párrafo).

33 Véase Paz-Ares, Alfaro Águila-Real (2002), pp. 399-400.

entre normas constitucionales, entre los que destaca la ponderación de intereses relevantes y el cuidado normativo en la configuración del ámbito de aplicación³⁴.

Por lo mismo, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad. Ahora bien, la complejidad del mundo económico impide dar soluciones *a priori* sobre los resultados de la ponderación, ya que la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica; hay espacios en que la intervención del Estado es muy amplia y otras en que es reducida, v.gr. no revisten el mismo grado de intensidad la intervención estatal en materia medioambiental o en el sector de telecomunicaciones que en el comercio minorista.

Entonces, siendo el mercado el marco para el desarrollo de la iniciativa privada, contenido esencial de la libertad de empresa será el resultado del análisis del caso concreto en que el límite que se imponga al derecho fundamental debe ser razonable en la medida que se trata de intereses que tienen el mismo rango abstracto³⁵. Si esto es así, es razonable sostener que en el derecho español prima la propuesta relativa en relación al contenido esencial.

4.2. El respeto al contenido esencial en el derecho chileno

Dice el artículo 19 N° 26, que la Constitución asegura a todas las personas «la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio». Según Nogueira, a esta norma se debe unir el artículo 5º, inciso 2º que señala que «la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», con lo cual, «el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales, lo que nos sitúa en la materia, en una afirmación y garantía mayor de los derechos fundamentales que los tres países antes mencionados»³⁶.

34 Véase García Vitoria (2008), p. 195.

35 Véase Alexy (2007), p. 72.

36 Nogueira (2005), pp. 15-64. Por lo mismo, señala el autor que «el legislador está obligado a respetar y tiene prohibido constitucionalmente afectar el contenido

Ahora bien, tratándose del Tribunal Constitucional chileno, a propósito del control de constitucionalidad respecto de la Ley 18.603 orgánica constitucional de los partidos políticos, ha tenido ocasión de referirse al contenido esencial señalando 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»³⁷. Asimismo, agrega el Tribunal Constitucional que en el supuesto de establecer limitaciones a un derecho, éstas «jamás pueden afectar el contenido esencial, esto es, no pueden consistir en “privación” del derecho, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador»³⁸. Y esta privación que lo hace irrealizable o lo limita más allá de lo razonable, el Tribunal Constitucional la define así: «el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular»³⁹.

Aun cuando el Tribunal Constitucional chileno pareciera abrazar la teoría absoluta para interpretar el contenido esencial, igualmente se encarga de acoger criterios de apertura para la comprensión del contenido esencial de los derechos: «estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación»⁴⁰.

Con todo, a pesar de los esfuerzos del Tribunal Constitucional por establecer pautas de determinación en una materia polémica, los suyos no dejan de ser criterios imperativos y autoritarios, que no

esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se constituye en la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos, constituyendo la dimensión constitucional del derecho proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar» (Nogueira 2005, p. 49).

37 STC Rol N° 43-87, cons. 21°. La misma referencia es recogida en STC Rol N° 200-94, cons. 5°; STC Rol N° 280-98, cons. 13° y 29°.

38 STC Rol N° 226-95, cons. 46°.

39 STC Rol N° 280-98, cons. 29°.

40 STC Rol N° 280-98, cons. 29°, párr. final.

cuentan con un proceso de apertura a diferentes visiones, tratándose de afirmaciones más categóricas que sintéticas.

Realizando un esfuerzo por dotar de significado al contenido esencial, Nogueira sostiene que éste debe ser inferido del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional, puesto que «no hay parámetro objetivo alguno que permita precisar qué es esencial y qué es periférico en un derecho fundamental»⁴¹, pero agregando que «el núcleo del derecho está delimitado y constituido por los enunciados normativos constitucionales y de los tratados sobre la materia [...] Así, el concepto de contenido esencial de los derechos, está dado por la complementación indisoluble del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, expresado en forma jurídico-positiva y garantizado por la Constitución»⁴².

Al mismo tiempo, Nogueira se pregunta acerca del rol que en la interpretación del contenido esencial corresponde al Tribunal Constitucional y a los tribunales de justicia, señalando que a éstos, al no ser órganos constituyentes, sólo les cabe interpretar y aplicar la normativa constitucional⁴³.

Por último, Nogueira une la limitación del contenido esencial con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los límites, con lo cual podríamos pensar que este autor defiende la teoría relativa,

41 Para la determinación del contenido esencial del derecho, este autor señala que «está constituido por el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantías del contenido ya establecido constitucionalmente, sino que sólo operando como normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos, vale decir, aplicando el principio de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos complementado con el principio “favor homine” o “favor persona”» (Nogueira 2005, p. 58).

42 Nogueira (2005), p. 58.

43 Véase Nogueira (2005), p. 58. En efecto, señala que «es necesario preguntarse si dicha tarea corresponde también al Tribunal Constitucional y a los tribunales superiores de justicia, en cuanto órganos jurisdiccionales encargados de ejercer jurisdicción o justicia constitucional. Consideramos que los órganos jurisdiccionales señalados no son órganos constituyentes, sino que órganos instituidos, los cuales deben respetar en cuanto tales la Carta Fundamental, a ellos sólo les corresponde interpretar y aplicar la normativa constitucional» (Nogueira 2005, p. 59).

lo que no es cierto ya que se muestra distante de ella por el peligro de relativización⁴⁴.

La revisión de las ideas de Nogueira se justifica porque se trata de un autor que ha desarrollado un tema que raramente ha sido analizado en Chile⁴⁵. Sin embargo, sus consideraciones merecen algunas observaciones.

La primera, su confianza excesiva en la normatividad, entendiendo que el contenido esencial es el que aparece en la Constitución y en las normas sobre derechos fundamentales, principalmente en los tratados internacionales.

A primera vista, se trata de un criterio a considerar. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos fundamentales en los tratados internacionales muchas veces revisten el carácter de cláusulas abiertas, por lo tanto, de contenidos indeterminados y condicionados por su contexto. En todo caso, sí resulta relevante y destacable la propuesta de integrar la comprensión del contenido esencial con el carácter progresivo de los derechos fundamentales y el criterio *favor homine*. No obstante, estas creaciones jurídicas, que han favorecido un mayor y mejor respeto y promoción de los derechos fundamentales, cuenta con el inconveniente de toda construcción cultural: no pueden escapar a las condiciones de tiempo y espacio y exigen confiar en la madurez política de la sociedad para que no disminuya la garantía que suponen para la protección y promoción de los derechos.

La segunda señala que los órganos jurisdiccionales son operadores que sólo deben «interpretar» y aplicar la Constitución y las leyes, pero no dotar de contenido a los derechos. Sin embargo, la praxis

44 Según Nogueira, «el contenido esencial de los derechos fundamentales no opera como único límite de los límites, existiendo un segundo que opera copulativamente con el primero, el cual consiste en la exigencia de que la limitación del ejercicio del derecho se encuentra justificada. En otras palabras, un derecho fundamental sólo puede ser objeto de limitación válida desde un juicio de constitucionalidad si está justificada constitucionalmente a través del juicio de razonabilidad y proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial de los derechos. Hay así una prohibición de desproporción, las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse a lo indispensable no afectando los derechos constitucionalmente protegidos. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de Derecho» (Nogueira 2005, p. 59).

45 Del mismo autor, véase Nogueira (2009), pp. 172-174. También puede verse, pero se trata de obras que revisan el tema de forma muy genérica: Cea (1981), pp. 112-117; Rajevic (1996), pp. 40-44; Fermandois (2001), pp. 295-296; Soto Kloss (1999), p. 128, Aldunate (2008), pp. 261-264.

demuestra que será el intérprete el encargado de ir determinando el contenido esencial de los derechos, ya que éste va mudando, tanto por el transcurso del tiempo como por su relación (y tensión) con otros derechos. Por tanto, a los órganos jurisdiccionales, y especialmente al Tribunal Constitucional, les cabe un importante rol en la determinación del contenido esencial, como legítimos intérpretes de la Constitución. Otra cosa es la relativa a la legitimidad democrática de su composición, pero no podemos negarles la importancia que les cabe en la materia.

El tema del contenido esencial puede suponer una discusión abstracta; no obstante, se trata de un problema que tiene incidencia operativa, especialmente porque se utiliza con vistas a resistir las limitaciones que se puedan establecer a un derecho. Veamos algunos ejemplos.

Con ocasión del examen de constitucionalidad de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, algunas de sus disposiciones fueron declaradas contrarias a la Constitución. En el caso del inciso 2º del artículo 43 del proyecto de ley, éste fue rechazado por el Tribunal Constitucional, letras a) y b) por violar, el artículo 19 N° 21 (libertad de empresa), pero también el artículo 19 N° 26 (respeto al contenido esencial)⁴⁶, sin perjuicio de adolecer también de vicios desde la perspectiva de la formación de la ley.

Conviene recordar que esta sentencia viene a limitar el campo de acción del Estado en varios aspectos. Por de pronto, declara inconstitucional la norma del proyecto de ley sobre pluralismo en el sistema informativo (el art. 9 disponía la obligación del Estado de asegurar «la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión») ya que «desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye

46 STC Rol N° 226-95. Señalaba el inciso segundo del artículo 43 del proyecto de ley referido, que «se reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente: a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general; b) El control de más del 15% del mercado informativo general por una sola persona natural o jurídica; o más del 20% del referido mercado por dos o más personas naturales o jurídicas, asociadas; c) El dominio de dos o más tipos diversos de medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras».

una clara violación a la autonomía de ese medio que la Constitución reconoce, ampara y garantiza»⁴⁷.

Pero además, la sentencia desestima la legitimidad constitucional del proyecto de ley en lo relativo a la propiedad y control de los medios, pues declara inconstitucional la normativa referida a porcentajes máximos de propiedad y control de medios por infringir, entre otras disposiciones constitucionales, el N° 21 del artículo 19, es decir, la libertad de empresa⁴⁸.

Retomando el tema del contenido esencial, señala como razones de inconstitucionalidad que el referido artículo 43, al establecer limitaciones al control de la propiedad de los medios, atenta contra el artículo 19 N° 21, es decir, «de desarrollar cualquiera actividad (económica) lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto

47 STC Rol N° 226-95, cons. 31°.

48 «En lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica conviene señalar que este derecho fundamental no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas. Que, a juicio de este Tribunal, el artículo 43 del proyecto deberá ser declarado inconstitucional en lo que se refiere a su inciso segundo, en razón de infringir sus letras a) y b) el artículo 19, en sus numerales 21 [...] En efecto, al disponer el proyecto que ciertos hechos que describe el inciso segundo del artículo 43 son impeditivos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el art. 1 inc. 1 del D.L. 211, de 1973, hechos que significan no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional, en el ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de diarios de información general (letra a)), vulnera el derecho de emprender, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé. Que, debe igualmente hacerse presente, que la limitación que tanto la letra a) como la letra b) del inciso tercero, de dicho artículo 43 del proyecto, disponen en cuanto a la posesión de porcentajes llamado “control” afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa, imponiendo exigencias que afectan al contenido esencial de este derecho reconocido, pues impiden su libre ejercicio; por lo cual debe entenderse que dichas letras a) y b) referidas, también vulneran el artículo 19, N° 26 de la Carta Fundamental» (STC Rol N° 226-95, cons. 41° a 45°). Sobre el mismo punto, Zúñiga Urbina (2008).

prevé»⁴⁹. Pero, además, «la limitación que tanto la letra a) como la letra b) disponen en cuanto a la posesión de porcentajes llamado “control” afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa en su artículo 19 N° 21, inciso 1º, imponiendo exigencias que afectan al *contenido esencial* de este derecho reconocido expresamente por el artículo 19 N° 26, pues impiden su libre ejercicio»⁵⁰.

En este caso, el carácter garantista del respeto al contenido esencial fundamenta la sentencia. Pero su argumentación genera algunos inconvenientes.

El primero es que afirma que las limitaciones establecidas por la ley no se encuentran comprendidas entre las autorizadas por la Constitución. Sin embargo, «orden público», «moral» o «seguridad nacional» son cláusulas abiertas que deben ser interpretadas contextualmente y que justifican una limitación a la libre iniciativa económica⁵¹.

El segundo afirma la sentencia de que las limitaciones impuestas afectan el contenido esencial del artículo 19 N° 21. ¡Pero sin dar ni un solo argumento explicativo acerca del contenido esencial de la libertad de empresa! ¿Será porque se trata de una obviedad? ¿O porque es un tema pacífico? Nada más lejos de la realidad.

Es cierto que hay elementos que deben formar parte del derecho. Por de pronto, la libre iniciativa económica no puede entenderse sin mercado, que será su presupuesto fáctico. Y si el mercado es el marco de referencia, éste no se entiende sin competencia. De ahí entonces la contradicción de la sentencia, porque la disposición, declarada inconstitucional, lo que pretendía era estimular la competencia y prohibir la concentración de los medios informativos en pocas manos —el peligro del totalitarismo informativo no sólo es privilegio estatal; los particulares no están exentos de la tentación totalitaria—, por lo que si existe un contenido esencial básico de la libertad de empresa,

49 STC Rol N° 226-95, cons. 44º.

50 STC Rol N° 226-95, cons. 45º, énfasis agregado.

51 Simplemente a modo de hipótesis, es razonable postular que el sistema de derechos fundamentales forma parte de la moral, ya que permite la protección de la persona, pero también el despliegue legítimo de la pluralidad social en una sociedad democrática. ¿O acaso la moralidad sólo está asociada a la moral sexual? Recordemos que también existen perspectivas morales y éticas relacionadas con el carácter social del ser humano. En este caso, el control de la propiedad por parte de unos pocos oligopolios atenta contra el derecho a la libertad de expresión, al no favorecer un modelo informativo plural.

éste se encuentra dado por el marco del mercado y el supuesto de la competencia. Lo anterior no significa en todo caso claridad sobre la comprensión del contenido esencial, pero es un límite básico y primordial.

Finalmente, la libertad de empresa es un derecho de textura abierta y que cuenta con límites, que se han establecido no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas generales, por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados.

Con todo, estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe esforzarse por arbitrar soluciones a los posibles conflictos entre normas constitucionales, por lo que resultará de capital importancia la ponderación de intereses relevantes y el cuidado normativo en la configuración de los diferentes espacios de aplicación de la normativa en la que influye la libre iniciativa económica. Por lo mismo, si la libre iniciativa económica es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad, por lo que el contenido esencial de un derecho no puede ser entendido sino desde la dimensión propuesta por la teoría relativa.

5. Crítica a la teoría esencialista: fetichización en el ejercicio de los derechos

Para conceptualizar el denominado *contenido esencial*, es clave formularse la siguiente pregunta: ¿qué protege la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales? Se trata de una de las discusiones teóricas más significativas del sistema de protección de derechos, que ha sido concebida como un verdadero límite a las potestades normativas del legislador, órgano competente para regular el ejercicio de los derechos⁵². Se afirma que el legislador reconoce un límite a su labor legislativa en este contenido esencial que, a su vez, configura el contenido normativo de los enunciados constitucionales. Sin embargo, se trata de una afirmación de difícil inteligibilidad, toda vez que las normas que reconocen derechos fundamentales están redactadas en términos abiertos e indeterminados, cuya concretización requiere de un ejercicio de interpretación posterior, en virtud del cual se terminará de determinar el efectivo contenido normativo del enunciado en cuestión.

52 Al respecto, véase el Capítulo VI, sección 6.

Así, asumimos que enunciado normativo y norma propiamente tal no son exactamente equivalentes; existe una diferencia entre el tenor literal de una disposición y el derecho que se aplica en virtud de ella. En consecuencia, la objetividad en el conocimiento jurídico solo es suficiente para la identificación del tenor literal de la disposición escrita, pero no a su aplicación. Interpretar supone transformar un objeto mediatizado por la subjetividad de un intérprete que se apropia de lo conocido, para después operar intersubjetivamente con el resultado de su proceso cognitivo, que intentará objetivar⁵³. Es decir, la aplicación concreta del enunciado normativo supone una construcción argumentativa a partir de la cual el sujeto formula una interpretación determinada e intenta convencer que se trata de la correcta. En este proceso, el sujeto puede ser parcial o imparcial, es decir, puede mostrar diferentes niveles de compromiso con el objeto de estudio y, asimismo, puede ser más o menos consciente de aquello⁵⁴. Aceptar que «existe» un contenido esencial, con completa independencia de toda interpretación posible de los enunciados normativos, que ni siquiera están a disposición de alguna potestad jurídica, supone separar el derecho del proceso nomogenético y, en consecuencia, de la propia política.

Se trata de opciones políticas y teóricas que tienden a naturalizar el contenido material de los enunciados normativos que protegen derechos fundamentales, dotándolos de cierta intangibilidad ante los procesos legislativos. Así, tienden a normalizarse ciertas concepciones de los derechos, precisamente aquellas que han devenido en hegemónicas en determinado momento de la historia del texto constitucional y de su interpretación. Se trata de un fenómeno similar a la fetichización...

En efecto, existe una serie de categorías jurídicas que caben dentro de la figura o fenómeno del fetichismo, principalmente por cuanto a partir de ellas se intenta construir una falsa objetividad del enunciado normativo que busca condicionar su aplicación. Entre ellas, destaca el concepto de contenido esencial que se predica respecto de los derechos fundamentales, en virtud del cual se afirma que los derechos tendrían un contenido propio, predeterminado por la Constitución e intangible al legislador. De esta forma, aquel contenido de los derechos se levanta como un límite a la libertad política para el ejercicio de la soberanía, controlado jurisdiccionalmente por el Tribunal

53 Maturana (2007). Respecto de la interpretación jurídica, Quintana (1994), pp. 89 y siguientes.

54 Bassa (2013), p. 17.

Constitucional. Sin embargo, tanto la evolución histórica del derecho como la siempre compleja interpretación de los derechos fundamentales, dan cuenta de que su contenido no es autoevidente ni se desprende de la norma constitucional; por el contrario, este se construye a través de argumentaciones mejor o peor fundamentadas, que podrán contar, o no, con el respaldo de quien detente la hegemonía de la «verdad constitucional», radicada institucional (y contingentemente) en el Tribunal Constitucional. Siendo los derechos una construcción cultural que deriva de un proceso históricamente determinado, en el que han intervenido como protagonistas una serie de sectores que se han rebelado contra relaciones concretas de dominación, oponer un supuesto contenido esencial a nuevas manifestaciones de esa voluntad popular constituye una suerte de estrategia de intangibilización de determinada concepción de los derechos.

Estas categorías jurídicas se enmarcan en una concepción racionalista del derecho moderno, que ha presentado el ordenamiento jurídico que surge luego de la revoluciones burguesas como uno políticamente neutro y, por cierto, como una manifestación racional de la voluntad soberana. Ello ha configurado un determinado tipo de estudio de las instituciones jurídicas, conocido como dogmática, que consiste en la reconstrucción descriptiva y acrítica del contenido de las disposiciones normativas y, eventualmente, de los argumentos recogidos por las sentencias más destacadas. Esta aproximación metodológica al estudio del fenómeno jurídico, completamente separada de su carácter de fenómeno histórico y cultural, ha contribuido significativamente a la naturalización de las instituciones jurídicas, mediante la intangibilización de las interpretaciones provenientes de quien detenta el monopolio de la interpretación auténtica.

La reproducción acrítica del derecho vigente por parte de la dogmática tradicional ha invisibilizado las relaciones de poder que este protege junto con intangibilización del statu quo vigente y recogido por el ordenamiento jurídico. El derecho vigente siempre es el resultado de una decisión política que, precedida de un conflicto que tiene el mismo carácter, zanja dicho conflicto a favor de la parte con más fuerza y busca evitar que la situación de conflicto se repita, protegiendo determinado estado de cosas. Es decir, el derecho vigente es la manifestación más clara de la cristalización de las relaciones de hegemonía que pueden existir en una sociedad. Cuando la dogmática solo se centra en sistematizar el derecho vigente, reproduciendo acríticamente su contenido, está actuando al servicio de los intereses políticos que lograron imponerse en aquel

conflicto que antecede a la creación del derecho, configurando una posición de dominación. Esta intangibilización del derecho vigente por parte de la dogmática obstruye su transformación, impidiendo que una eventual crisis en las relaciones de dominación pueda revisarlo.

En el mismo sentido se encuentran las reflexiones de Foucault sobre la generación del discurso, que estaría condicionado, a su juicio, por estructuras de poder. Afirma que el discurso sobre el derecho goza de cierta apariencia, la de encontrarse libre de coacciones, capaz de generar conocimiento y con vocación universal. Sin embargo, argumenta que este en realidad responde a prácticas discursivas en clave de poder, prácticas que explica a través de lo que Foucault llama un *archivo*: el derecho se reduce a «la ley de lo que puede ser dicho, el sistema que rige la aparición de los enunciados»⁵⁵. Por lo tanto, «si hay cosas dichas, no se debe preguntar su razón inmediata a las cosas que se encuentran dichas o a los hombres que las han dicho, sino al sistema de la discursividad, a las posibilidades y a las imposibilidades enunciativas que éste dispone»⁵⁶. No hay, por tanto, autonomía en la elaboración de la práctica discursiva, sino que éstas, más bien, se encuentran condicionadas por «reglas anónimas, históricas, siempre determinadas en el tiempo y el espacio que han definido en una época dada, y para un área social, económica, geográfica o lingüística dada, las condiciones de ejercicio de la función enunciativa»⁵⁷. No hay, por tanto, un contenido esencial de los derechos que pueda ser determinado al margen de las prácticas discursivas condicionadas por las estructuras de poder de sus respectivos lugares de enunciación.

6. Comentarios finales

El derecho es un tipo de fenómeno social muy particular: caracterizado a partir de sus pretensiones normativas, tiene una estrecha relación con el tipo de relaciones sociales que configuran a la sociedad. Por un lado, es el resultado de determinadas relaciones de poder en el seno de la sociedad; por el otro, incide en la configuración de estas mismas relaciones, al construir un estatuto jurídico del individuo dotado de derechos y deberes. La implementación del estatuto, que en principio se proclama como uno de carácter igualitario y universal (donde, por ejemplo, todas las personas son titulares de los mismos derechos),

⁵⁵ Foucault (2002), p. 226

⁵⁶ Ibid., p. 219.

⁵⁷ Ibid., p. 198.

depende radicalmente de las condiciones materiales de vida de cada uno de los sujetos individuales respecto de los cuales se proclama la titularidad de derechos, pues es a partir de dicha materialidad que el sujeto no solo se concibe a sí mismo y a su propio entorno, sino que termina por configurar qué derechos efectivamente tiene. Así, frente a la declaración normativa con pretensiones de universalidad que es el catálogo de derechos, se opone una materialidad determinada, a partir de la cual ese mismo catálogo es completamente resignificado.

En esta concepción materialista del individuo, su entorno y sus derechos, es posible comprender de mejor manera cómo se configure normativamente la noción conceptual de contenido esencial. En otras palabras, qué significa que el legislador no «podrá afectar los derechos en su esencia» ni establecer «requisitos que impidan su ejercicio». Si, como señala la Constitución, el ejercicio de los derechos es la clave para comprender la protección de su contenido esencial, creemos que una adecuada comprensión del concepto pasa más por la inteligibilidad de la materialidad de los derechos, es decir, de la materialidad de su ejercicio, que de sus abstracciones teóricas.

Por lo tanto, si bien polémica resulta una determinación sustantiva a la cláusula «contenido esencial», especialmente porque la pretensión inicial es establecer un espacio de radical inmutabilidad para los derechos fundamentales, sin embargo, esa pretensión es problemática, porque los anhelos universalistas son difíciles de justificar sin caer en axiomas autoritarios. Como tantas cláusulas abiertas, se trata de una disposición contingente, evolutiva, histórica y condicionada por su contexto. Asimismo, siempre se pueden encontrar razones para limitar un derecho, limitaciones que responden y reclaman un contexto.

Si esto es así y no existe contenido esencial de los derechos, se produce el problema de la relativización de todos los derechos, ya que todos se pueden restringir. ¿Dónde están los límites entonces? Los límites estarán dados no por axiomas de autoridad, sino que por los esfuerzos de la deliberación. Y en este punto, capital importancia les cabe a las propuestas metodológicas para construir acuerdos en la comunidad. Por lo mismo, más que preocuparnos del contenido esencial de los derechos, los esfuerzos jurídicos y políticos deben estar encaminados a corregir y construir métodos que nos lleven a los acuerdos en materia de derechos fundamentales.

Bibliografía citada

- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALEXY, ROBERT, 2007: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición.
- ARAGÓN REYES, MANUEL, 1995: *Libertades económicas y estado social*. Madrid: MacGraw-Hill.
- ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, 2004: *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BASSA MERCADO, JAIME (2013): «La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX», en: *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, U. de Talca, año 11 N° 2, pp. 15-46.
- BERNAL PULIDO, CARLOS., 2007: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARBONELL, MIGUEL (coord.), 2007: *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, 1981: «La esencia de los derechos y su libre ejercicio», en *Revista de Derecho Público*, N° 29-30, Universidad de Chile, pp. 112-117.
- _____. (2012): *Derecho Constitucional chileno*, Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2da Edición.
- EVANS ESPÍNEIRA, EUGENIO, 2006: *La Constitución Explicada*. Santiago: LexisNexis.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, 2001: «La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece», en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 28, N° 2, pp. 287-298.
- FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA, 2008: *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. Madrid: Editorial Dykinson.
- FOUCAULT, MICHEL, 2002: *Arqueología del saber*. México D.F.: Siglo XXI.
- GARCÍA VITORIA, IGNACIO, 2008: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, MÓNICA, 2003: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra: Thomson - Aranzadi.
- MARTÍNEZ - PUJALTE, ANTONIO LUIS, 1997: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, .

- MATURANA ROMESÍN, HUMBERTO, 2007: «La objetividad. Un argumento para obligar», en Molina, Hernán, *Derecho Constitucional*. Santiago: LexisNexis, 8ª edición.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, 2005: «Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales», en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Vol.11, N° 2, pp. 15-64.
- _____. (2006): *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- _____. (2009): «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano», en *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, pp. 403-466.
- PAZ-ARES, CÁNDIDO-ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, 2002: «Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en Monereo Pérez, José Luis et al. (dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares Editorial.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, 2000: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades», en *Derechos y libertades*. Universidad Carlos III, N° 8, pp. 429-468.
- QUINTANA BRAVO, FERNANDO, 1994: *Interpretación, ratio iuris y objetividad*, Valparaíso, Edeval.
- RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE, 1996: «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada», en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 23, N° 1, pp. 23-96.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, 1996: «La libertad de empresa en la Constitución», en IGLESIAS PRADA, José Luis (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, pp. 427-447.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL, 2007: *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: un análisis jurídico desde el derecho español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SOTO KLOSS, EDUARDO, 1999: «La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)», en *IusPublicum*, Universidad Santo Tomás, N° 2, pp. 119-146.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, 2004: *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERDUGO, MARIO; EMILIO PFEFFER y HUMBERTO NOGUEIRA, 2002: *Derecho Constitucional*, 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIDAL FUEYO, CAMINO, 2005: «El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Año 11, Fundación Konrad Adenauer - Stiftung, pp. 427-447.

VIVANCO, ÁNGELA, 2006: *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed.

ZÚÑIGA URBINA, F., 2008: «Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión», en *Estudios Constitucionales*, Vol. 6, N° 1, pp. 171-203.

Capítulo X:

Renuncia de derechos fundamentales

Ernesto Riffo Elgueta*

1. Introducción: Algunos argumentos no concluyentes

A primera vista el problema de la posibilidad de renunciar a un derecho fundamental causa cierta perplejidad. Considérense los siguientes tres argumentos intuitivamente plausibles, pero parcialmente incompatibles entre sí.

El argumento lógico. Entendidos los derechos desde un punto de vista lógico, la respuesta intuitiva a la cuestión es afirmativa: sí es posible renunciar a un derecho fundamental, porque de otra forma el derecho en cuestión se convertiría en un *deber* (de vivir, por ejemplo), lo que es incompatible con su carácter de *derecho*. Tener un derecho y un deber de idéntico contenido es una contradicción lógica: o se tiene derecho a expresar las propias opiniones o creencias, o se tiene el deber de hacerlo. Es evidente que se trata de dos situaciones radicalmente distintas.

El argumento de la dignidad humana. Por otro lado, entendidos los derechos fundamentales como «emanados de la naturaleza», o como aquellos que tiene toda persona «por el solo hecho de ser persona», o como una «expresión de la dignidad humana», la renunciabilidad de los derechos fundamentales parecería conllevar la renuncia de una persona a su calidad de tal, o a su plena dignidad, o a su «naturaleza» —lo que si no metafísicamente imposible, parece al menos axiológicamente prohibido.

El argumento de la autonomía. Finalmente, puede considerarse que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales tiene como propósito proteger la autonomía de las personas frente a la acción estatal o de otras personas. En este caso, el impedir renuncia de derechos fundamentales de manera que no esté permitido, por ejemplo,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Católica Silva Henríquez.

afectar la propia integridad física por medio acciones como tatuajes o perforaciones estéticas, equivaldría a impedir a las personas «ser señor[es] de sus prioridades éticas»¹. Como lo ha puesto Aldunate, en tal caso se privaría «a la persona de su facultad de autodeterminación ética [...] uno de los elementos constitutivos de la dignidad de la persona»².

El argumento lógico afirma que no hay nada lógica o conceptualmente contradictorio en la posibilidad de que un derecho pueda ser renunciado. Tal argumento, entonces, deja abierta la cuestión para que entren en juego argumentos *normativos* a favor o en contra de esa posibilidad. El argumento de la dignidad humana sostiene que es inaceptable permitir la renuncia de derechos fundamentales, pues ello ofendería la idea misma de dignidad que, se supone, está en la base tales derechos. El argumento de la autonomía, en cambio, sostiene que no sólo es *acceptable* permitir la renuncia de derechos fundamentales, sino que es la única alternativa compatible con la idea de autonomía que, supone este argumento, es parte esencial del fundamento de tales derechos.

Los tres argumentos ilustran distintas tendencias hacia las que quien reflexione brevemente sobre el problema podría inclinarse. Sin embargo, como veremos, se trata de argumentos *demasiado* sencillos; la resolución del problema de la renuncia a derechos fundamentales requiere de argumentos adicionales y de análisis más complejos. Ofreceremos algunos de esos argumentos e intentaremos esos análisis en lo que sigue.

2. Irrenunciabilidad, inalienabilidad y categorías afines

¿En qué consiste, precisamente, la *renuncia* a un derecho fundamental? Comencemos con una idea más familiar, a saber, la de renuncia a un derecho no fundamental. En el derecho privado patrimonial la posibilidad de renunciar a un derecho está bien establecida. El Código Civil, como sabemos, establece la facultad de renunciar a «los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia» (art. 12 CC). La doctrina civilista ha entendido, naturalmente, la renuncia como un acto jurídico unilateral por el cual una persona abandona (abdica, deja, se despoja de) un derecho «sin traspasarlo a otro sujeto»³. Tal definición permite entender algunas características de la renuncia y distinguir

1 Aldunate (2008), p. 162.

2 Ibid., p. 162.

3 Alessandri y Somarriva (1998), p. 340.

sus efectos de otros actos jurídicos. Así, por ejemplo, la renuncia es, en sentido estricto, distinta de la *alienación* o *enajenación* de un derecho⁴. Como sugiere la etimología de estas expresiones (del latín *alius* = otro), ambas conllevan el efecto de que el derecho que se pierde pasa a ser de *otra* persona⁵. En este sentido, sí son inalienables los así llamados derechos *personalísimos*, como los de uso y habitación, en tanto «son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse» (art. 819 CC)⁶.

En tanto la renuncia sólo priva al renunciante de un derecho, sin afectar los derechos de otros, parece adecuado referirse a la renuncia como un «abandono». Sin embargo, esta conclusión es apresurada. La expresión «abandono» sugiere que la pérdida es total, pero es claro que la idea de «renuncia parcial» es en principio aceptable, y no debería ser descartada de antemano. Parece adecuado seguir un uso de la expresión *abandonar* (o su equivalente inglesa «*relinquish*») que limita su aplicación al caso especial de la renuncia *total e irrevocable*⁷. Como el abandono es un caso especial de la renuncia, si un derecho es irrenunciable, *a fortiori* no puede abandonarse.

Que un derecho sea irrenunciable es distinto, asimismo, de que este sea *absoluto*. Que un derecho sea absoluto significa que «nunca puede ser sobrepasado por otras consideraciones morales»⁸. En otras palabras, si un derecho es absoluto, *nunca* es justificado atentar contra él. Para usar la metáfora tradicional, el derecho absoluto tiene una dimensión de peso tal que ninguna consideración –ningún otro derecho, ningún cálculo consecuencialista– puede vencerlo en el balance de razones; al momento de ponderar, siempre triunfará el derecho absoluto⁹.

4 Comete este error Martínez Pujalte (1992), p. 87.

5 Que el derecho no se incorpore al patrimonio de otra persona no implica que nadie pueda verse *beneficiado* por esa renuncia. Por ejemplo, el deudor normalmente se verá beneficiado, aunque nada se incorpore a su patrimonio por la renuncia del acreedor. Veremos la relevancia de responder la pregunta sobre quién se beneficia de una renuncia para determinar la aceptabilidad de la renuncia de derechos fundamentales.

6 En el ámbito de la propiedad intelectual, el «derecho moral» de autor es también inalienable, aunque transmisible por causa de muerte. Véanse los artículos 14, 15 y 16 de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

7 Feinberg (1977), p. 247.

8 Villanueva Flores (1995), p. 322.

9 Sobre la restricción de derechos, véase el Capítulo VI; sobre la dimensión de peso y la ponderación entre derechos y otros bienes, véase el Capítulo VIII.

Por otro lado, que un derecho sea irrenunciable no es lo mismo que sea *universal*, siendo la universalidad una de las características que tradicionalmente se atribuyen a los derechos fundamentales. Ferrajoli ha sido acusado de confundir estas características¹⁰. Su posición, sin embargo, consiste en afirmar que a menos que los derechos fundamentales sean irrenunciables («indisponibles», en sus términos), entonces la universalidad sería una ilusión. La indisponibilidad sería un corolario de la universalidad, pues si estuviera permitida la disposición de los derechos fundamentales, «todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales»¹¹. El razonamiento detrás de esta idea parece ser que la renuncia de una persona a un derecho conllevaría necesariamente una desigualdad, pues ya no todos gozarían de él —salvo que *toda persona* ejerciera igual renuncia—. La relación entre las características en cuestión parece ser que la disponibilidad *pone en riesgo* la universalidad, lo que parece agravado en situaciones de desigualdad que posibilitan la explotación de una persona o grupo de personas por parte de otras, forzando estas últimas a las primeras a renunciar a ciertos derechos para beneficio del explotador. Más allá de este último punto, es claro que existe una relación relevante entre la irrenunciabilidad y la universalidad cuando se miran desde el ideal de la igualdad, y la sola identificación de esa relación supone diferenciar esas características.

Finalmente, renunciar no es lo mismo que *perder involuntariamente* (en inglés *forfeit*) un derecho¹². La pérdida consiste en la privación de un derecho como consecuencia de un comportamiento que no tiene ese propósito, pero resulta en ese efecto porque el derecho así lo dispone¹³. De esta forma, puede afirmarse que quien presta servicios a enemigos durante una guerra *pierde* la ciudadanía (art. 11 N° 2 CPR), o que el ilegítimo agresor pierde (en virtud del art. 10 CPR) su derecho a no ser agredido por la víctima de la agresión u otra persona que la socorra. Ahora, es evidente de la lectura del N° 1° del artículo 11

10 Guastini (2001), pp. 61-62.

11 Ferrajoli (1999), p. 48. Cfr. Ferrajoli (2006), p. 49.

12 Feinberg (1977), p. 243.

13 De esta forma, si bien el comportamiento que causa la pérdida será voluntario, la pérdida es ella misma una consecuencia establecida por la norma, y no un efecto de la voluntad de la persona.

citado, que es posible la renuncia a la ciudadanía¹⁴. Sin embargo, si tal derecho se estableciera explícitamente como irrenunciable, no habría contradicción en la posibilidad de *perder* tal derecho aunque no se estuviera facultado para renunciarlo. En el caso del derecho a la vida, por ejemplo, si se entendiera –como hace parte de la dogmática– que este es irrenunciable¹⁵, eso no sería *conceptualmente* incompatible con el reconocimiento del derecho a matar a otro en ejercicio de la legítima defensa, e incluso con el establecimiento de la pena de muerte (si acaso esto último sería una especie de contradicción moral es una discusión aparte).

3. Tres modelos de renuncia de derechos

3.1. El modelo civilista: Renunciabilidad como regla general

Del ya citado artículo 12 del Código Civil, se desprende que la facultad de renunciar a derechos es la regla general en el derecho privado. Que sea la regla general implica, desde luego, que existen excepciones a ella, de manera que la facultad de renunciar a un derecho no es ilimitada. En otras palabras, el acto jurídico de renuncia no es reconocido siempre por el derecho como eficaz.

Los tratadistas tradicionales entienden que quedan fuera del ejercicio lícito de la facultad de renuncia de aquellos derechos que:

- 1) Han sido conferidos en interés colectivo;
- 2) «[L]os que a la par son derechos u obligaciones», como la patria potestad y;
- 3) Aquellos «cuya renuncia prohíbe la ley»¹⁶.

Nótese que la categoría (2) es contradictoria con el argumento lógico ofrecido más arriba. Sin embargo, podemos obviar por ahora esta complejidad, y fusionar las categorías (1) y (2) en la categoría

- 4) Derechos conferidos en interés no sólo del renunciante.

14 «La nacionalidad chilena se pierde: 1º Por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente [...] si la persona, previamente, se ha nacionalizado en país extranjero».

15 Véase *infra*, sección 6.2.

16 Alessandri y Somarriva (1998), p. 341.

La categoría (3), por su parte, es superflua a menos que se entienda que se refiere a la prohibición *expresa* de renuncia.

La ley permite, entonces, la posibilidad de renuncia de derechos de una persona como parte de sus facultades en cuanto sujeto capaz. Puede entenderse, en términos técnicos, que la renuncia es simplemente un ejercicio de la facultad de disposición (art. 582 CC), que es parte del derecho de propiedad (art. 583 CC), que se tiene sobre el bien incorporal, que es un derecho (art. 565 CC). En términos más abstractos, puede entenderse tal facultad como una consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad que rige en el derecho privado.

Por esto último, las restricciones al ejercicio de la facultad de renunciar a un derecho pueden considerarse una excepción a la autonomía de la voluntad. En tanto tales, parecerían requerir una justificación. Esta puede encontrarse fácilmente en el caso de que la renuncia afecte a terceros: en la medida en que estos no consientan, no es legítimo afectar sus derechos. Así, el mismo principio de respeto por la autonomía de las personas que justifica la facultad de renuncia de una la limita para proteger la autonomía de otra.

En contraste con lo anterior, ¿por qué habría la ley de limitar la facultad de renunciar a derechos que «sólo miren al interés individual»? Considérense algunos ejemplos: el artículo 153 del Código Civil establece que la mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales a la facultad de pedir la separación de bienes; el artículo 195 del mismo cuerpo legal, establece como irrenunciable el derecho de reclamar la filiación (aunque «sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia»).

En el caso del artículo 153 del Código Civil, la imposibilidad de la renuncia ha sido justificada en la probabilidad de que la mujer hiciera «imprudentemente esa renuncia, y llegado el caso de convenirle la separación, se encontrara maniatada por su compromiso»¹⁷. Tal justificación parece suponer una desconfianza hacia la capacidad de la mujer de juzgar cuáles son los cursos de acción que mejor protegerán sus propios intereses. Más allá de qué explicación se dé de ese supuesto (por ejemplo, una que haga referencia a estructuras sociales de opresión o discriminación hacia las mujeres), ella ejemplifica una forma de justificar la limitación de la autonomía de las personas: se elimina una facultad, porque se estima que las personas probablemente no se encuentren en posición de ejercerla de manera que promueva sus propios

17 Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1992), p. 341.

intereses. Se trata, de esta forma, de una especie de *paternalismo*, esto es, se busca proteger a una persona particular de perjuicios que ella misma pudiera causarse.

En otros casos, como el del artículo 195 del Código Civil, puede considerarse que la justificación se encuentra más bien en razones «de orden público», esto es, la preocupación por proteger a la comunidad en general. Las regulaciones jurídicas de la filiación, y del derecho de familia en general, caen bajo esta categoría, de manera que son «indisponibles» en el sentido de que las personas no pueden eludirlas ni modificar sus efectos.

3.2. El modelo protector: Excepciones a la renunciabilidad en las relaciones privadas

En el ámbito de las relaciones privadas, el derecho hace excepción en ocasiones al respeto a la autonomía de las personas, pero como una forma de *protegerlas*. Así, por ejemplo, en el derecho de las relaciones laborales el legislador reconoce derechos a la parte subordinada (el trabajador) a los que ésta no puede renunciar. El inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo dispone en este sentido que «[l]os derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo»¹⁸.

Por su parte, el artículo 195 del mismo código reconoce a madres y padres derechos con ocasión del embarazo y el nacimiento, estableciendo de manera expresa que estos no pueden renunciar a tales derechos (a permisos pagados, en este caso). La indisponibilidad de estos derechos puede entenderse como una forma de proteger simultáneamente derechos individuales e intereses públicos. Como es la regla general en la normativa sobre el contrato individual de trabajo, se busca proteger la autonomía del trabajador, quien con frecuencia será presionado por el empleador para preferir dedicar su tiempo al trabajo, en desmedro de la familia. Compensar esa presión vela por la autonomía de la persona, a la vez que se promueve el desarrollo de relaciones parento-filiales, respecto de lo cual existe un interés público que el Estado debe promover, a la luz del artículo 1°, incisos 2° y 5° de la Constitución.

En el ámbito del funcionamiento del mercado, asimismo, existen normas cuyo propósito es asegurar que las personas actúen de manera

18 El inciso primero hace referencia específica a los derechos constitucionales: «El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores».

de proteger sus intereses. Esto es el caso en el derecho del consumo (como la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores). Nótese que en el caso de las relaciones laborales y del consumo en una sociedad de mercado, lo que se busca por medio del establecimiento de estatutos protectores es asegurar que las personas actúen de acuerdo a sus mejores propios intereses, de manera que no consientan entrar en relaciones contractuales que les sean desfavorables. La justificación habitual de estos casos afirma que se trata de compensar el distinto poder negocial de las partes –la fuerza de trabajo y el capital, en un caso, y los consumidores y los oferentes, en el otro–. No hay detrás de tales regulaciones un supuesto de que las partes débiles en estas relaciones no puedan identificar lo que es mejor para cada una, sino que se presume sólo que el desequilibrio en que se encuentran les impide en los hechos lograr entrar en relaciones contractuales que apunten a ello. Antes que paternalismo, lo que conlleva limitaciones a la autonomía de la parte protegida, en estos casos se trata de tomarse en serio la idea de autonomía, posibilitando su ejercicio efectivo. No se trata de evitar la realización de ciertos actos jurídicos, sino de asegurar la celebración de ellos en términos igualitarios entre las partes.

3.3. El modelo *iusfundamental*: ¿existe una regla general?

En el caso de los derechos fundamentales, de acuerdo al paradigma clásico, nos encontramos frente una situación en la que los involucrados no son sólo personas privadas, sino que personas privadas, por un lado, y el Estado, por el otro¹⁹. Ya sea que se crea que las personas gozan de derechos naturales «previos» al Estado, o que estos son concesiones de este, los derechos fundamentales se entienden como límites normativos a la acción estatal. El Estado debe actuar, como se lee en el artículo 1º de la Constitución de 1980, «con pleno respeto a los derechos y garantías» que ella establece. El artículo 5º de la Constitución, agrega que «[e]l deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos». Los derechos fundamentales son, entonces, la piedra angular de las relaciones entre el Estado y las personas.

Prima facie, la conclusión que se sigue inmediatamente de estos supuestos es que la renuncia a derechos fundamentales es normativamente inaceptable, y el derecho no debiera permitirla. Si los derechos

19 Sobre los destinatarios de los derechos, véase el Capítulo V.

fundamentales son derechos que se ejercen frente el Estado, y limitan la acción de este, no es aceptable que ellos cedan ante él.

Por otro lado, si partimos del supuesto de que la autonomía rige las relaciones entre particulares, en cambio, no se ven razones por las cuales en ejercicio de tal autonomía las personas no pudieran legítimamente consentir en que otros afecten aquellos bienes que los derechos fundamentales buscan proteger. Así, por ejemplo, si una persona accede a exponer su vida privada, obligándose a ello contractualmente (con un medio de comunicación, por ejemplo), –en principio– no se ve por qué, sin que medien vicios de la voluntad, no hubiera de tratarse tal acto como un acuerdo plenamente válido, cuyo cumplimiento pudiera exigirse recurriendo a la fuerza estatal por medio de un procedimiento judicial.

Ahora, si seguimos el paradigma según el cual los derechos fundamentales se ejercen no sólo frente al Estado, sino también frente a las demás personas por medio del así llamado «efecto horizontal» (*Drittwirkung*), de acuerdo a esta concepción, no sólo la autoridad pública, sino también «los particulares son considerados destinatarios de los derechos fundamentales», de manera que estos inciden «en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas»²⁰. Una de las consecuencias de esta comprensión, y que motiva parte de las críticas a ella, es que como consecuencia de ella «se ve fuertemente disminuida la autonomía privada»²¹. No sólo sería ilícito que las acciones de una persona afectasen los derechos fundamentales de otra, sino que incluso «resultarían contrarios a [los derechos fundamentales] (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»²².

Así, por ejemplo, incluso si un contrato ha sido válidamente celebrado entre particulares, pero de su ejecución resulta la afectación de un bien o interés protegido por un derecho fundamental, invocando un derecho fundamental es posible que se alegue el carácter inexigible, o incluso se solicite la declaración de nulidad, del contrato o alguna de sus obligaciones.

Nótese que las consideraciones precedentes respecto de la posibilidad de renuncia de derechos fundamentales sugieren dos distinciones. En primer lugar, los paradigmas respecto del efecto vertical u horizontal de

²⁰ Aldunate (2008), p. 211.

²¹ Ibid., p. 218.

²² Ibid., pp. 218-219.

los derechos fundamentales involucran a distintos sujetos: el potencial renunciante, otras personas, y el Estado. La respuesta a la pregunta acerca de la renunciabilidad de los derechos fundamentales dependerá de quiénes estén involucrados en el caso concreto. En segundo lugar, el análisis de casos concretos de (posible) renuncia requiere distinguir entre distintos elementos que pueden distinguirse en el análisis de los derechos fundamentales. Distinguiremos respecto de los derechos fundamentales la *titularidad*, el *ejercicio* y las *garantías*, y los *intereses* y *bienes protegidos*.

4. Objeto de la renuncia

4.1. La titularidad es irrenunciable

¿A qué, precisamente, se renuncia cuando se renuncia a un derecho fundamental? Comencemos por sentar una cuestión: desde cualquier punto de vista que se tome en serio el carácter fundamental de ellos, la *titularidad* de los derechos fundamentales es irrenunciable²³. Si se considera que son fundamentales aquellos derechos «que emanan de la naturaleza humana», entonces se estimará que es metafísica o, al menos, conceptualmente imposible su renuncia. Por otro lado, incluso si se considera que los derechos fundamentales son tales, sólo en la medida en que gocen de reconocimiento positivo (constitucional, internacional, jurisprudencial, por ejemplo), la renuncia a su titularidad no es admisible, pues en tanto el Estado reconozca ciertos derechos como fundamentales, estos necesariamente limitan su acción, de manera que si no les reconoce este efecto, entonces no son derechos fundamentales. La renuncia a la titularidad de un derecho fundamental equivaldría a eximir al Estado de un límite a su acción que es parte definitoria de la idea misma de Estado de Derecho.

Pudiera objetarse que lo anterior es exagerado; que el Estado de Derecho no se viene abajo por completo por el hecho de que una o más personas renuncien a uno o más derechos fundamentales. A esto debe responderse que en cuanto el Estado deje de tratar a un sujeto que cumpla con las propiedades para ser titular de derechos fundamentales como tal, en esa medida ya ha incumplido *completamente* la exigencia de asegurar a *todos* ellos la igualdad ante la ley²⁴.

23 Sobre los aspectos conceptuales de la titularidad, véase el capítulo IV.

24 Nótese que esta forma de sostener la irrenunciabilidad de la titularidad es independiente de la cuestión acerca de quiénes son los sujetos titulares de derechos fundamentales. Al respecto, véase Capítulo IV.

Para comprender plenamente el punto anterior debe cambiarse el foco de atención desde los sujetos (activos) de derechos fundamentales a los obligados por ellos (los sujetos pasivos). Este movimiento es fundamental para el tema que nos ocupa. La pregunta acerca de la posibilidad de renuncia de un derecho se resuelve atendiendo al carácter lícito o ilícito de las acciones que otros pueden tomar respecto del sujeto renunciante. Así, la posibilidad de la renuncia no debe evaluarse tanto (o no solamente) desde el punto de vista de la validez del acto de renuncia, sino de la posibilidad de que otros actúen sobre el supuesto de esa validez²⁵.

4.2. El ejercicio y las garantías

Ahora, suele afirmarse que aunque la titularidad no lo sea, el *ejercicio* de los derechos fundamentales sí es renunciable²⁶. En qué medida esta afirmación sea correcta depende de (i) ciertos aspectos de la concepción teórica que se tenga de los derechos en general, y de los fundamentales en particular, y (ii) en qué consista el ejercicio del derecho en particular que se analice.

El punto (i) puede ilustrarse al utilizar las categorías tradicionales: una teoría de la voluntad o una del interés. De acuerdo a la primera teoría, tener un derecho conlleva encontrarse en una posición de control respecto de los deberes correlativos a ese derecho. Así, por ejemplo, el propietario controla –sujeto sólo a su voluntad– la medida y términos en que otras personas pueden o no aprovecharse de sus bienes. De acuerdo a la teoría del interés, en cambio, para entender qué es un derecho subjetivo debe distinguirse entre la utilidad, valor, beneficio, o –en general– el interés que el sistema jurídico busca promover o proteger, de las herramientas que provee para esa protección, como la acción judicial²⁷. Como suele ser el caso con las dicotomías entre posiciones teóricas, la verdad es más compleja. Las teorías aparentemente dicotómicas se entienden mejor como perspectivas que enfatizan distintos aspectos del fenómeno en común.

25 Aldunate (2008), p. 161, por ejemplo, pone el foco sobre el acto de renuncia. Ferrajoli va más allá y afirma que un acto jurídico de disposición de derechos fundamentales «sería inexistente antes aun que inválido» Ferrajoli (2006), p. 101. Desarrollo el punto infra, en la sección 5.

26 En este sentido, Aldunate (2008), p. 161.

27 En general, véase Dabin (2006), pp. 68 y siguientes.

La naturaleza de los derechos fundamentales es, en principio, capturada de mejor manera por una teoría del interés. En primer lugar, una teoría de la voluntad es insuficiente para dar cuenta de derechos fundamentales de los que las personas gozan, aunque no existan mecanismos para exigir (en especial, jurisdiccionalmente) su cumplimiento o satisfacción. Los derechos sociales son ejemplo claro de ello. En segundo lugar, el reconocimiento de derechos fundamentales se justifica, precisamente, por la existencia de intereses o bienes que merecen protección. Así, por ejemplo, el derecho a la integridad física y psíquica, o el derecho a la educación, se justifican sobre la base de que se trata de bienes valiosos para las personas, condiciones necesarias para vivir una vida de manera digna y autónoma.

Resulta, dado lo anterior, que los *derechos* fundamentales deben distinguirse de los *mecanismos de protección* que pueden acompañarlos²⁸. El trabajo de Luigi Ferrajoli insiste sobre este punto. En este sentido advierte que no deben confundirse los derechos con sus *garantías*²⁹. Es perfectamente posible que el Estado reconozca derechos fundamentales sin que ponga a disposición de las personas mecanismos institucionales para garantizarlos³⁰. Ello, con toda probabilidad, conllevaría por parte del Estado un incumplimiento de sus obligaciones —emanadas de los derechos fundamentales—, pero ese incumplimiento no niega la existencia de los derechos. En efecto, si el Estado dispusiera mecanismos institucionales para garantizar los derechos fundamentales, la forma correcta de describir esa situación sería afirmando que el Estado está actuando en cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, no sólo de manera moralmente correcta, o por mera «liberalidad» —en el lenguaje del Código Civil.

Establecida la distinción entre los derechos y sus garantías, podemos analizar la posibilidad de renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales. Debemos aclarar, ahora, el punto (ii): en qué consiste precisamente el ejercicio de los derechos fundamentales.

En el caso de los «derechos a algo» la cuestión es sencilla: el ejercicio del derecho consiste en el aprovechamiento de aquello a lo que se tiene derecho. Así, por ejemplo, el derecho a asistencia judicial letrada será ejercido en cuanto se acepte la representación del defensor proporcionado por el Estado, extendiéndose dicho ejercicio durante todo el uso de

28 Laporta (1987), p. 27.

29 Ferrajoli (1999), p. 43; Ferrajoli (2008), pp. 71-72.

30 Sobre la garantía de los derechos, véase el Capítulo XII.

esos servicios. De esta forma, en casos de «derechos a algo» es fácil identificar también en qué consiste la renuncia a su ejercicio, a saber, en la renuncia al aprovechamiento de aquello a lo que se tiene derecho. A diferencia de la titularidad, esta renuncia es *en principio* posible³¹.

Sin embargo, el lenguaje tomado del derecho privado (titularidad y ejercicio) no es suficiente para capturar las facultades de que disponen los titulares de derechos fundamentales. Tales derechos no sólo pueden ejercerse de manera inmediata, esto es, aprovechándose de aquello a lo que se tiene derecho. Utilizando el lenguaje de Ferrajoli, podemos distinguir el derecho de sus *garantías*, y afirmar que el ejercicio de estas puede entenderse como una forma de ejercer el derecho. El italiano llama *garantías primarias* a las obligaciones de prestación o reparación, y las prohibiciones de lesión, correspondientes a un derecho. Son *garantías secundarias*, en tanto, «las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o declarar la nulidad» de actos que violen derechos y sus *garantías primarias*³². De esta forma, la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental puede consistir también en la renuncia a sus *garantías*, lo que consistirá en liberar de su obligación al sujeto pasivo, en el caso de las *garantías primarias*, o en la renuncia a activar los mecanismos de *garantía secundaria*.

4.3. Los intereses y bienes protegidos

En el caso de derechos que no consisten en un «derecho a algo», o, en general, que no conllevan *necesariamente* la existencia de un mecanismo de *garantía*, como una acción procesal, su forma de ejercicio consistirá en aquellas acciones del sujeto orientadas al goce del bien o la promoción del interés protegido por el derecho. Así, por ejemplo, un derecho de libertad como la de expresión, será ejercido por medio de acciones expresivas, como publicaciones o la manifestación pública de opiniones. En el caso de derechos de defensa³³, como la vida privada, puede afirmarse que se ejerce en cuanto se planea y actúa sobre la base de ese resguardo, al realizar una llamada telefónica, por ejemplo.

31 Veremos más abajo las razones que, en casos concretos, hablan en contra de esa renuncia. El análisis supone el cambio de foco desde el sujeto activo del derecho fundamental al pasivo, como se sugirió más arriba.

32 Ferrajoli (2008), p. 64.

33 Estos derechos pueden entenderse como «derechos a algo». En este sentido, Alexy (1993), p. 189.

En tales casos, ¿en qué pudiera consistir la renuncia al ejercicio del derecho? Desde luego, no es correcto entender que abstenerse de hacer uso del bien, o de actuar en promoción del interés protegido, sea una renuncia al derecho, ni siquiera a su ejercicio³⁴. Más bien, la decisión de no ejercerlo es parte de las facultades que el reconocimiento del derecho asegura. La Constitución reconoce esto en ciertos casos de manera más o menos explícita. Así, por ejemplo, la consagración del derecho de asociación en el artículo 19 N° 15, incluye mención expresa de que «[n]adie puede ser obligado a pertenecer a una asociación». Así, abstenerse de pertenecer a una asociación, o decidir no integrar ninguna en absoluto, cuenta como una forma de ejercicio del derecho en cuestión. De la misma forma deben leerse derechos como a la integridad física, en el que es parte del ejercicio de ese derecho la decisión de no gozar, o incluso de sacrificar el bien protegido, por ejemplo, llevando una vida insalubre –fumando regular y copiosamente, consumiendo comidas o alcohol en exceso–, causando perjuicios al propio bienestar corporal o acortando la propia vida, por despreocupación o de manera deliberadamente autodestructiva³⁵. Lo mismo, *mutatis mutandis*, vale para derechos como la libertad de expresión (incluye la facultad de no expresarse en absoluto), o la protección de la vida privada (incluye la facultad de hacer públicos los ámbitos de ella que se deseen).

En casos como los descritos, lo que se llama «renuncia» es normalmente el ejercicio de la posibilidad de decidir afectar el bien o interés que el derecho protege (fumando, absteniéndose de participar en discusiones públicas, exponiendo la propia intimidad, etcétera). Negar eficacia a tales actos de renuncia (a bienes e intereses, no a derechos) equivale a negar parte del ámbito de autonomía que los derechos protegen.

5. *Cui bono*: ¿quién se beneficia?

Las consideraciones anteriores parecen llevar a la conclusión de que solo la titularidad de los derechos fundamentales es irrenunciable, mientras que su ejercicio sí lo es. Esas dos dimensiones de tales derechos, sin embargo, no agotan los puntos de vista desde los cuales es relevante analizar la pregunta sobre la renunciabilidad. Para resolver plenamente

34 Sobre la distinción entre titularidad y ejercicio de un derecho, véase el Capítulo IV.

35 Nótese que esta línea de razonamiento lleva, en principio, a la permisibilidad de la eutanasia activa. No intento resolver el problema aquí, pero véase la discusión sobre el derecho a la vida, *infra* en la sección 6.2.

la cuestión debemos ahondar en lo que anunciamos más arriba, a saber, la necesidad de cambiar el foco del análisis desde el sujeto activo del derecho a los sujetos pasivos –el Estado, o incluso las demás personas, según el paradigma de la eficacia horizontal (*Drittwirkung*).

Por su naturaleza, no es posible traspasar a otra persona un derecho fundamental. Esto se explica por el hecho de que se trata de derechos *inherentes* a las personas en el sentido de que no son un elemento que integre su patrimonio, y que pudiera salir de él por medio de algún acto de enajenación, sino que son inseparables de la persona. De esta forma, la relación entre las personas y los derechos fundamentales de que gozan, es más bien como la relación de una persona con el *patrimonio mismo*, a diferencia de su relación con el contenido de éste. Por lo demás, dada la naturaleza no patrimonial de los derechos fundamentales, así como su universalidad, todo traspaso carecería de sentido; la persona a quien se traspase no ganaría nada, no tendría más o un mayor derecho, pues los derechos fundamentales carecen de entidad cuantificable³⁶.

Sin embargo del hecho de que no sea posible –más aún, que no tenga sentido– que los derechos fundamentales pasen de un patrimonio a otro, sí es posible que un sujeto *se beneficie* de un acto de renuncia de otro a un derecho. En particular, se beneficiará de la renuncia a un derecho fundamental el sujeto obligado: el Estado u otras personas.

Dependiendo del derecho de que se trate y en qué consista la renuncia, el beneficio para los sujetos pasivos puede ser diverso. Considérense algunos ejemplos:

a) *Negociaciones prohibidas*. El artículo 19 N° 16 de la Constitución protege la libertad de trabajo y garantiza el «derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo». Simultáneamente, las normas laborales establecen la posibilidad de que el empleador prohíba al trabajador realizar negociaciones «dentro del giro del negocio» (art. 160 N° 2 CT), sancionable con el despido, e incluso pueden acordarse «cláusulas de no competencia poscontractual», que limitarían la posibilidad del ex trabajador de desempeñarse en el mismo rubro una vez terminada la relación laboral. En tales casos, el trabajador se obliga a no ejercer la libertad de trabajo en ciertos casos. Así, se trata de una renuncia al ejercicio del derecho que se realiza en beneficio del empleador –quien

36 Desde luego, esto no es obstáculo para que la reparación de su violación, o la compensación en el caso de una renuncia en beneficio de otro, puedan tomar la forma de un beneficio patrimonial, como una indemnización en dinero.

asegurará su posición de mercado—, y que podrá ser compensada —en dinero, normalmente— o no —si es que, por ejemplo, se acepta la cláusula por un sentido de lealtad hacia el ex empleador.

b) Infracción de propiedad intelectual. Supóngase un caso de plagio de una obra musical: un artista difunde en el mercado una canción que contiene melodías ajenas tales que constituyen un plagio de la obra de otro artista, infringiendo el derecho de autor establecido en el artículo 19 N° 25 de la Constitución, y que por tanto, da lugar a una compensación económica. Tal compensación podría ser declarada judicialmente, de manera que el procedimiento que para ello existe constituye lo que Ferrajoli llama una garantía secundaria. En casos como el descrito, es habitual que las partes involucradas lleguen a un acuerdo extrajudicial y celebren una transacción que incluirá, desde luego, la renuncia a ejercer la acción judicial en cuestión. En este caso, el beneficio de la renuncia corresponde a la parte infractora.

c) Expropiación. El artículo 19 N° 24 de la Constitución establece entre las exigencias que deben satisfacer los actos expropiatorios de la autoridad, el que esta se realice «en virtud de ley general o especial» que la autorice. Si una expropiación se realiza sin que se satisfaga este requisito, entonces ella infringiría el derecho fundamental de propiedad. Como ya hemos visto, sin embargo, el afectado por la expropiación puede decidir no activar las garantías jurisdiccionales de su derecho. A diferencia de los casos anteriores, en este el beneficiado no es un privado sino que el Estado —más precisamente, el Fisco.

Ahora, la idea misma de un beneficio para el Estado es inusual. En el ejemplo anterior ella se hace plausible porque se considera al Estado en su aspecto patrimonial, en el que la relación entre él y las personas es conmensurable, como si se tratara de movimientos entre patrimonios. Sin embargo, cuando se le considera como una entidad «al servicio de la persona humana», cuya finalidad es «promover el bien común» (art. 1º, inc. 4º CPR), a la vez que como una estructura fundamental de la república democrática chilena (art. 4º CPR), los intereses del Estado son indistinguibles de los de las personas que integran la comunidad política. De esta forma, es posible que también en el caso de la expropiación, incluso si se violan los requisitos del artículo 19 N° 24, inciso 3º, y si la expropiación se realiza «por causa de utilidad pública o de interés nacional», podría afirmarse que la renuncia a recurrir a algún mecanismo de garantía del derecho beneficia a la comunidad.

d) *Condena al inocente*. Un caso transparente de violación de derechos fundamentales sería la condena penal deliberada de una persona inocente. Imagínese el caso en que, frente a delitos para los cuales no se han encontrado responsables, buena parte de la población protestara violentamente, afectando el orden público y la seguridad de los demás habitantes. Enfrentadas a esta situación, las autoridades pudieran decidir montar un juicio penal a sabiendas de la inocencia de la persona imputada –pero manteniendo este hecho en secreto respecto de la población–, con el sólo propósito de lograr una condena que apacigüe las protestas. La violación del derecho consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso 6° de la Constitución sería evidente. Sin embargo, imaginemos que una persona se ofreciera voluntariamente para servir de chivo expiatorio. En tal caso, esa persona estaría sacrificándose para resguardar el bien del orden público, actuando, de esta forma, en beneficio de la comunidad.

Distingamos las características de estos ejemplos. En los casos de negociaciones prohibidas y de propiedad intelectual, la parte beneficiada es otro particular. Se distinguen entre sí en que en el primero, el objeto de la renuncia es al ejercicio de la acción que el derecho garantiza (la libre contratación), mientras que en el segundo, la renuncia es a las garantías que protegen ese derecho. Los casos de expropiación y de condena al inocente, en tanto, no benefician a particulares, sino a un sujeto supraindividual, el que podrá ser –dependiendo de cómo concibamos su naturaleza– el Estado o la comunidad en general. La relación entre la parte renunciante y la parte beneficiada, entonces, puede darse de manera *horizontal* –entre particulares– o *vertical* –entre un particular y el Estado o la comunidad³⁷.

De esta forma, en todos los ejemplos la renuncia al derecho resulta en que –al menos aparentemente– el sujeto sobre quien recae la obligación correlativa al derecho fundamental es relevado de ella. Para determinar si esta conclusión es correcta deben distinguirse los casos de renuncia horizontal de los de renuncia vertical.

La diferencia entre estos dos tipos de renuncia radica en el sujeto pasivo. En el caso de la renuncia vertical en favor del Estado, y dada la idea misma de derecho fundamental como límite a su acción, es clara la conclusión de que este no puede ser eximido de sus obligaciones.

37 En este contexto, debe entenderse que se trata del Estado en tanto actúe como autoridad, no en cuanto actúe bajo las reglas aplicables a los agentes «privados», como ocurre en el contexto económico bajo el artículo 19 N° 21, inciso 2° de la Constitución.

De esta forma, la renuncia a derechos fundamentales será siempre ineficaz para permitir que el Estado actúe bajo el supuesto de que las personas no gozan de algún derecho fundamental³⁸. En otras palabras, la renuncia al ejercicio o a las garantías de un derecho fundamental no libera al Estado de la prohibición de violar los derechos fundamentales de que las personas son titulares aun si renuncian al ejercicio de ellos o sus garantías.

Si bien en el caso de la renuncia vertical la cuestión es clara, en el caso de la renuncia horizontal surgen dudas a propósito de la idea de efecto horizontal de los derechos fundamentales. Como sabemos, la doctrina distingue entre el efecto horizontal mediato (o indirecto) y el inmediato (o directo) de los derechos fundamentales³⁹. El primero consiste en la influencia que tendrían las normas de iusfundamentales en la interpretación del derecho objetivo. El segundo, en cambio, operaría de manera de dar origen a derechos subjetivos privados, esto es, entre particulares.

Asumiendo que los particulares son también obligados por tales derechos, ¿puede la renuncia iusfundamental de una persona liberarlos de sus obligaciones correlativas? Lo primero es establecer cuáles son esas obligaciones correlativas. Esto dependerá del derecho de que se trate. En el caso de derechos de libertad, las obligaciones correlativas son de omisión; la libertad personal, por ejemplo, conlleva la obligación de no restringir o impedir su ejercicio. En el caso de un derecho de prestación, la obligación correlativa será una acción positiva⁴⁰.

Volvamos por un momento a los ejemplos presentados más arriba. En el caso de la infracción a la propiedad intelectual, la renuncia es a la garantía, de manera que se libera al infractor de la obligación de compensar el perjuicio. En el caso de las negociaciones prohibidas,

38 Ferrajoli expresa una idea similar al discutir lo que llama la indisponibilidad pasiva de los derechos fundamentales: «Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía». La indisponibilidad activa, en tanto, consiste en que «no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual». Ferrajoli (1999), p. 47.

39 Aldunate (2008), p. 213; Alexy (1993), pp. 511-513; Jana (2003), pp. 59 y siguientes. Véase, además, el Capítulo V.

40 Utilizo la distinción entre derechos de libertad y derechos de prestación sólo de manera ilustrativa. La oferta de clasificaciones de los derechos fundamentales es pletórica. Sobre este aspecto, véase el Capítulo III.

la renuncia es más bien al ejercicio de la facultad reconocida por el derecho; se renuncia a la libre contratación por medio de autorizar al ex empleador a atacar los contratos contractualmente prohibidos.

Consideremos ahora un ejemplo que pudiera parecer inesperado, en tanto involucra obligaciones impuestas a particulares derivadas de un derecho *de prestación*. El Tribunal Constitucional ha afirmado, en ese sentido, que el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9 CPR) impone obligaciones a ciertos particulares, a saber, a las instituciones de salud previsional (ISAPRE), dado que la Constitución les «ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza»⁴¹. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal afirma que recaen sobre las ISAPRE «los deberes correlativos» a los derechos garantizados por la Constitución, debiendo por tanto hacer «cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud»⁴².

La cuestión de la renuncia surge en el caso de las ISAPRE debido a que entre los beneficiarios y tales instituciones previsionales existen vínculos contractuales que incluyen la facultad de reajustar el precio del plan de salud, cuyo ejercicio por parte las ISAPRE podría resultar en alzas que resulten tan onerosas para los beneficiarios que impidan el acceso a prestaciones de salud, o, al menos, que hagan ineficaz la posibilidad de elegir libremente entre el sistema de salud privado y el público⁴³. En virtud de tales disposiciones contractuales, entonces, se estaría limitando el goce de los derechos fundamentales del artículo 19 N° 9 de la Constitución. De esta forma, esa limitación tiene un origen inmediato contractual y es, por tanto, consentida por la persona afectada, de manera que resultaría ser una renuncia a los derechos en cuestión.

En la sentencia citada, el Tribunal Constitucional estimó inaceptable «la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia»⁴⁴. Con tal afirmación el Tribunal niega la eficacia del acto de renuncia contractual. En su justificación de la

41 STC Rol N° 1287-08, cons. 37°. En este se declaró la inaplicabilidad, respecto de un procedimiento de acción de protección, del artículo 199 del DFL 1 (2005) del Ministerio de Salud.

42 STC Rol N° 1287-08, cons. 38°.

43 Véanse las alegaciones del actor en STC Rol N° 1287-08, cons. 9°.

44 STC Rol N° 1287-08, cons. 41°.

improcedencia de la renuncia el Tribunal invoca razones que nos llevan más allá de la consideración de los derechos (subjetivos) fundamentales y de los sujetos involucrados y las relaciones correlativas entre estos. Por esto podemos considerarlos criterios *objetivos*. En la cita aparece el concepto de *dignidad*, el que ya había sido invocado en la sentencia para sentarlo como el elemento del que se derivan los derechos fundamentales (entre ellos a la protección de la salud)⁴⁵. De esta forma, el ejercicio de ciertos derechos (de autonomía privada patrimonial, en este caso) es limitado en virtud de criterios distintos de los mismos derechos. Como se lee en el *Diccionario Constitucional Chileno*, «[l]a dignidad humana, en sí, no constituye un derecho fundamental»⁴⁶. Más bien, se trata de un valor que sirve como recurso de fundamentación de los derechos fundamentales. En el mismo texto se la caracteriza desde dos puntos de vista: como la autonomía de las personas para guiar sus vidas, y como la igual consideración que todas y cada una de ellas merecen.

Otros criterios objetivos que pueden invocarse son los de «orden público», o la de «condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible»⁴⁷.

Poniendo por un lado a la dignidad en sus dos entendimientos, y por el otro, al orden público y las condiciones sociales del artículo 1º de la Constitución, podemos hablar de dos órdenes que funcionan como límites al ejercicio de la renuncia de derechos fundamentales: un *orden moral*, y un *orden social*. Se trata, desde luego, de dos órdenes configurados sobre la base del derecho objetivo (son órdenes distintos de los derechos fundamentales, pero no externos al sistema jurídico), y pueden incorporarse a ellos más elementos de los indicados: por ejemplo, la autonomía de los grupos intermedios (en el orden moral), o la protección de la población (en el orden social). Ellos funcionan como límites en tanto el Estado tiene el deber de garantizarlos⁴⁸.

45 STC Rol N° 1287-08, cons. 16º.

46 García y Contreras (2014), p. 389.

47 Ambos han sido invocados múltiples veces por el Tribunal Constitucional como fundamentos de la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social. Por todas, véase la STC Rol N° 1876-10, cons. 13º a 16º.

48 Principalmente en virtud del citado artículo 1º de la Constitución, pero podrían incluirse otros elementos de la así llamada «parte dogmática».

6. Cómo analizar y argumentar casos de renuncia

Ilustraremos en la parte siguiente las consideraciones anteriores analizando tres situaciones frecuentemente invocadas.

6.1. Derecho a la integridad física

Dos cuestiones son evidentes respecto de este derecho. Su titularidad (como la de todo derecho fundamental) es irrenunciable, y los intereses y bienes protegidos (la integridad física misma) son al menos en parte renunciables por el titular. Respecto de lo segundo, está fuera de discusión que afectaciones de la integridad física como intervenciones estéticas (como las perforaciones de distintas partes del cuerpo) son plenamente válidas. En ciertos casos, sin embargo, podrían entrar en juego los criterios objetivos mencionados más arriba que permitirían limitar incluso la afectación por parte de las personas de los mismos bienes o intereses. Así, por ejemplo, las lesiones a su propia integridad física podrían ser ilícitas respecto de miembros de las fuerzas armadas, justificándose tal limitación a la posibilidad de disponer de la propia integridad física sobre la base de obligación del Estado de resguardar la seguridad nacional.

Pudieran causar dudas situaciones de otra índole, como las prácticas sadomasoquistas, o intervenciones quirúrgicas como la amputación médicamente innecesaria de partes del cuerpo. La cuestión, en tales casos, gira en torno a la eficacia del relevo al sujeto obligado correlativamente al derecho. El hecho de que una persona esté dispuesta a que su integridad física sea afectada no conlleva la liberación de obligaciones impuestas sobre las demás, especialmente las obligaciones fundadas en criterios objetivos. Así, por ejemplo, razones de salubridad pública pueden justificar prohibiciones y regulaciones respecto de las condiciones bajo las cuales una persona puede intervenir quirúrgicamente a otra. En el caso de prácticas sadomasoquistas, el análisis deberá ponderar los criterios objetivos aplicables (junto con la creación de condiciones que permitan la realización espiritual de las personas, la salubridad pudiera ser relevante en ciertos casos) en relación con derechos de autonomía, como la protección de la vida privada o la libertad personal, en general.

6.2. Derecho a la vida

Uno de los casos más discutidos a propósito de la posibilidad de renunciar a derechos fundamentales es el del derecho a la vida⁴⁹. Para resolver la cuestión de la renunciabilidad del derecho a la vida deben hacerse las distinciones presentadas más arriba.

Como en todo caso, la titularidad del derecho es irrenunciable. Por otro lado, entre los elementos que integran el derecho, están el derecho positivo a mecanismos de protección frente a atentados contra la vida, como las normas penales o la existencia de fuerzas de orden y seguridad.

Nuevamente debemos distinguir dos situaciones: (i) la posibilidad de que el propio titular afecte el bien protegido –por medio de una huelga de hambre o el rechazo de un tratamiento médico, por ejemplo–, y (ii) la posibilidad de que un tercero, previa renuncia a las protecciones que otorga el derecho, atente contra la vida del renunciante –por medio de la eutanasia activa o el suicidio asistido, por ejemplo.

Respecto de estos segundos casos, incluso si asumimos la posibilidad lícita de afectación del propio bien protegido en los primeros, las razones para impedir que las personas distintas del renunciante queden liberadas de sus obligaciones pueden fundarse en diversos criterios objetivos (por ejemplo, en la «protección de la población» y la necesidad de reducir la posibilidad de homicidios encubiertos).

En casos como los primeros, que ponen la atención en la eficacia del acto del renunciante, suele invocarse el criterio objetivo de la dignidad, tanto a favor como en contra de la aceptabilidad de la renuncia a la vida, según como aquel criterio sea entendido⁵⁰. La concepción de la dignidad que se tenga (y, en especial, su relación con el valor de la autonomía) será un factor de peso en la determinación de la aceptabilidad de la renuncia, pero no es este el lugar para resolver la cuestión acerca de la mejor concepción de tal valor. Sí destacaré, sin embargo, un aspecto descuidado de la idea dignidad, a saber, su sentido relacional.

6.3. Relaciones desiguales

Si bien la dignidad de las personas es un atributo de cada una de ellas, su respeto depende de la existencia de las condiciones de trato interpersonales que expresen ese respeto. Bajo este entendimiento, el

49 Véase, por ejemplo, Nogueira (2008), pp. 418-419.

50 Compárense Ossandón Widow (2013), en contra, con Precht y Faundes (2013), a favor. Nogueira invoca como criterio objetivo «la conservación del núcleo social y la supervivencia de la especie humana». Nogueira (2008), p. 418.

mandato hacia el Estado de «contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible» (art. 1º, inc. 4º CPR), adquiere un cariz que va más allá de las condiciones materiales. A la luz de esta exigencia de la dignidad, la creación de las condiciones sociales a que el Estado debe contribuir, podrá incluir limitaciones a la renuncia de derechos fundamentales en sus distintos aspectos, incluso a la renuncia al goce de algunos bienes y facultades que esos derechos protegen. Esto será el caso, especialmente, respecto de aquellas relaciones sociales en las que existen desigualdades de poder.

El punto anterior suele ser lamentablemente olvidado a propósito de las discusiones acerca de la renuncia a la vida. Pareciera con frecuencia tratarse el derecho a la vida como el paradigma de un derecho fundamental irrenunciable. Luego se afirma que si no fuera irrenunciable, por una suerte de razonamiento *a fortiori*, no podría objetarse la posibilidad de la esclavitud o la tortura consentidas⁵¹. Pero este razonamiento pone las cosas al revés. Son precisamente la esclavitud y la tortura los verdaderos paradigmas de derechos irrenunciables (a más de absolutos). La razón de ello, estriba en que son las mayores ofensas posibles contra la dignidad humana; encarnan una forma de trato por completo inaceptable, la cual no puede ser saneada ni siquiera por el consentimiento del afectado. Mirando en esta dirección la posibilidad de renunciar a la vida, bajo condiciones que resguarden relaciones interpersonales respetuosas de la dignidad, y con ello liberar a otras personas de sus obligaciones de omisión, no es incompatible con la irrenunciabilidad de las protecciones contra la tortura y la esclavitud.

Bibliografía citada

ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.

ALESSANDRI, ARTURO; MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC, 1992: *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ALEXY, ROBERT, 1993: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

DABIN, JEAN, 2006: *El derecho subjetivo*. Granada: Comares.

51 Véase Nogueira (2008), pp. 418-419.

- FEINBERG, JOEL, 1977: «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», *The Tanner lecture on human values* [fecha de consulta: 18 de abril de 2016] <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/feinberg80.pdf>.
- FERRAJOLI, LUIGI, 1999: *Derecho y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- _____. (2006): *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- _____. (2008): *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA, GONZALO Y PABLO CONTRERAS, 2014: *Diccionario Constitucional chileno*, Santiago, Cuaderno N° 55 del Tribunal Constitucional.
- GUASTINI, RICCARDO, 2001: «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», en Luigi Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, eds. Madrid, Trotta, pp. 57-62.
- JANA, ANDRÉS, 2003: «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales», en VV.AA., *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 53-70.
- LAPORTA, FRANCISCO, 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa* N° 4, pp. 23-46.
- MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS, 1992: «Los derechos humanos como derechos inalienables», en Jesús Ballesteros (ed), *Derechos humanos. Conceptos, fundamentos, sujetos*. Madrid: Tecnos, pp. 86-99.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2008: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 1. Santiago: Librotecnia.
- OSSANDÓN, MARÍA MAGDALENA, 2013: «El derecho a rechazar tratamientos médicos. ¿Un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?», en *Derecho Público Iberoamericano* N° 2, pp. 153-204.
- PRECHT, JORGE Y JUAN JORGE FAUNDES, 2013: «Legitimidad de la huelga de hambre: Un debate sobre el derecho a la vida y la dignidad humana», en *Estudios constitucionales* Vol. 11, N° 2, pp. 333-368.
- VILLANUEVA FLORES, ROCÍO, 1995: *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Capítulo XI: Deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales

Alberto Coddou*

1. Introducción

El derecho privado ha realizado grandes esfuerzos doctrinarios por comprender la naturaleza y los efectos del establecimiento de deberes generales de cuidado y protección. En efecto, tanto el derecho de daños como el estudio de las relaciones contractuales dan cuenta de una rica historia doctrinaria en torno al análisis de estos deberes. El derecho de daños ha sido elaborado a partir de la reconstrucción doctrinaria de los deberes generales de cuidado que deben observar los individuos en sus relaciones sociales. Por su parte, el derecho de contratos cada vez presta más atención a los deberes generales que cruzan transversalmente la rica diversidad de relaciones contractuales presentes en nuestros tiempos. El caso más importante es el de la derivación de obligaciones generales (deberes de protección) a partir del análisis del deber general de buena fe contractual (por ejemplo, deberes de información que se originan en la etapa pre-contractual, o deberes de asistencia y cuidado durante la etapa de ejecución)¹. El derecho público, si bien desde una perspectiva muy distinta, ha realizado esfuerzos similares en torno a la frecuente incorporación de deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales en tratados internacionales y constituciones (en adelante, «deberes generales»). Los resultados de estos esfuerzos no han sido tan exitosos como en el derecho privado, que a ratos parece ser un gran sistema desarrollado a partir de un sólo «gran» deber general de cuidado. En este contexto, se ha señalado que los deberes generales adolecen de vaguedad y ambigüedad y se

* Master en Derecho, New York University. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales.

1 Rodríguez (2011).

ha cuestionado la juridicidad de los mismos, ya que no precisan con claridad el alcance y el sentido de las obligaciones estatales.

Por otra parte, se ha dicho que si el respeto y la protección de los derechos fundamentales dependen de los detalles o de la configuración concreta del ordenamiento jurídico, la pregunta por el establecimiento de deberes generales surge de inmediato². En otras palabras, se ha cuestionado la redundancia de los deberes generales: si los derechos fundamentales están incluidos en instrumentos jurídicamente vinculantes y son el mero reflejo de obligaciones o deberes correlativos, ¿por qué es necesario establecer adicionalmente un deber general de protección, respeto y promoción? De ahí que para alguna doctrina, los deberes generales sean un ejemplo de «normas programáticas»³, que orientan el objeto y propósito de un instrumento jurídico, pero que no generan consecuencias jurídicas específicas. De ahí a su incorporación en preámbulos o secciones que establecen declaraciones de principios⁴. Por eso, aquí se defenderá el sentido normativo y el objeto de las cláusulas que incorporan deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales para el Estado, atendiendo al peso específico que ellos debieran gozar en nuestros sistemas jurídicos, en especial, en el sistema constitucional chileno.

En este capítulo, se comenzará con ciertas definiciones básicas, para posteriormente introducir una serie de temas que ameritan una reflexión sobre la justificación, el sentido y el alcance de las cláusulas que incorporan deberes generales en tratados internacionales o constituciones domésticas. Después, se hará un análisis de los deberes generales desde la perspectiva del derecho constitucional, con especial relevancia en el debate que suscitan al respecto los derechos sociales. Por último, se incluirá un análisis de los deberes intensificados de protección que derivan de los deberes generales.

2. Definiciones básicas

El deber general de *respetar* los derechos fundamentales implica fundamentalmente la obligación de abstenerse de violarlos o infringirlos, es decir, de abstenerse de realizar actos materiales que incumplan con

2 La ambigüedad y vaguedad que afecta a los deberes generales también se manifiesta en relación con el tipo iusfundamental del derecho en cuestión. Sobre esto, véase el Capítulo II.

3 Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Moller (2010).

4 King (2012).

la obligación correlativa a la pretensión jurídica. Por ello, se ha señalado que el deber de respetar constituye una obligación universal, cuyos destinatarios pueden ser tantos estados como individuos o entidades no-estatales⁵.

El deber general de *protección* está dirigido principalmente al Estado, y puede considerarse como el sentido mismo de su existencia y constitución. En efecto, podemos decir que hemos creado el Estado, una entidad jurídica que da forma a la comunidad política, para la protección de ciertos intereses o valores que consideramos fundamentales. En términos concretos, este deber de protección exige que el Estado proteja a los individuos o colectivos en contra de acciones u omisiones de terceros⁶. En el último tiempo, y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y del desarrollo de la doctrina del «efecto horizontal», se ha justificado la existencia de deberes de protección que recaen sobre entidades no estatales, como organizaciones internacionales o corporaciones transnacionales⁷.

Por último, el deber general de *promoción*, implica la proactividad estatal en la difusión de los derechos y la educación necesaria para que los primeros interesados en su protección sean los propios titulares⁸. Además, el deber de promoción se relaciona con la idea de que, en último término, son los propios ciudadanos de un determinado Estado quienes tienen la obligación de modificar o reorganizar el arreglo institucional estatal para respetar y proteger de mejor manera los derechos fundamentales⁹.

3. Deberes generales y teoría de los derechos fundamentales

Para Joel Feinberg, la justificación de los derechos subjetivos exige distinguir entre dos dimensiones: por una parte, el «derecho-a» una libertad o beneficio; y, por otra, el «derecho-en contra» de un agente, quien debe hacer que esa libertad o beneficio esté disponible¹⁰. Así,

5 Nickel (1987).

6 Fredman (2008), p. 73.

7 Clapham (2006).

8 Comité DESC (1999).

9 Pogge (2008), pp. 54-56.

10 Feinberg (1973), p. 59. En general, sobre las posiciones jurídicas de los derechos fundamentales, véase el Capítulo III, sección 4.

por ejemplo, la justificación de un derecho a la libertad de expresión requiere, a) justificar el «derecho-a», es decir, la importancia moral o política de la libertad de expresión, ya sea por intereses individuales o por los beneficios que trae a la sociedad como un todo, o quizás en términos de la sanidad o calidad de la democracia; y b) justificar este «derecho-en contra» de un destinatario concreto, quien debe garantizar que la libertad de expresión pueda ejercerse como un derecho. Según Nickel, «los teóricos de los derechos humanos han pasado mucho tiempo defendiendo la dimensión del “derecho-a” que contienen los derechos humanos, pero han dedicado mucho menos esfuerzo al desarrollo o explicación del “derecho-en contra de”»¹¹. Y esto parece obvio, pues la importancia moral de los objetos de protección de los derechos fundamentales parecen justificación suficiente de su existencia, y lo que nos importa, en principio, es que los titulares de los derechos tengan acceso a los beneficios, intereses o libertades que los derechos protegen, muchas veces haciendo caso omiso de cómo se logra aquello. En ciertas ocasiones, esos beneficios, intereses o libertades se satisfacen de manera espontánea, sin que surja siquiera la pregunta por los derechos (ello ha ocurrido, por ejemplo, en países con tradiciones y costumbres que atribuyen a la familia los deberes de cuidado con la tercera edad, haciendo innecesario el desarrollo de garantías propias de un Estado de Bienestar)¹². Sin embargo, porque los derechos implican deberes, que exigen un grado importante de precisión y certidumbre, es que la labor justificatoria se hace imperativa. Para justificar la primera dimensión de la que hablaba Feinberg podemos quedarnos en el campo de la filosofía moral, y sostener que hay ciertos intereses o valores que son muy importantes para nuestro desarrollo moral; para entrar en la segunda dimensión, debemos necesariamente adoptar una teoría de los derechos, sobre todo si estamos pensando en reclamos que tendrán como base normas jurídicas que son (o pueden ser) indiferentes a la discusión moral. En lo que sigue, me interesa analizar la pregunta por la justificación de los deberes generales desde la teoría de los derechos fundamentales.

Para Henry Shue, no hay una estricta correspondencia entre derechos y deberes correlativos, pues no hay para cada derecho un único deber correlativo, ya que «hacer efectivo un derecho involucra la realización de

11 Nickel (1993), p. 79.

12 Véase Esping-Andersen (1990).

múltiples tipos de deberes»¹³. En consonancia con esta idea, el discurso del derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado la idea de que para cada derecho hay que distinguir entre tres tipos de deberes: primero, una obligación negativa que se realiza evitando dañar o violar los derechos (respetar); segundo, una obligación de proteger, que se enfoca precisamente en resguardar los derechos de terceros que los puedan violar (proteger); y, en último lugar, el deber de hacer efectivos los derechos, que implica una actividad proactiva en torno a los intereses protegidos, con especial énfasis en aquellos que no pueden proveer a su propia protección (realizar)¹⁴. Para Figueroa, «este esquema permite apreciar la existencia de varios niveles de obligaciones en cada derecho, tanto positivas como negativas, así como abstención e intervención de parte del Estado»¹⁵. Esta división, adoptada de manera explícita por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante «Comité DESC»), entre otras entidades internacionales, ha sido levantada en contra de los argumentos que acusan de indeterminación a los deberes asociados a los derechos sociales. Según el Comité DESC, estos distintos tipos de deberes otorgan un importante grado de precisión en torno a la urgencia y cobertura de un cierto derecho social, estableciendo, por ejemplo, la exigibilidad judicial inmediata de un mínimo de satisfacción, y una obligación de largo plazo de establecer un marco institucional que permita la debida satisfacción del contenido del derecho de manera sostenible en el tiempo¹⁶. Por ello, los deberes generales pueden entenderse como una descripción general de los diversos tipos de deberes (y sus diferentes formas de realizarse) que surgen con cada derecho en específico¹⁷.

En términos teóricos, Sandra Fredman ha señalado que entender a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, permite solucionar o responder a la crítica de la indeterminación¹⁸. En efecto, entendidas como mandatos de optimización, las normas sobre derechos fundamentales, leídas en conjunto con las cláusulas

13 Shue (1980), p. 52.

14 King (2012), p. 39.

15 Figueroa (2009), p. 322.

16 Sobre la justiciabilidad, como garantía de tutela, véase el Capítulo XII, sección 1.

17 A propósito de la obligación contenida en el artículo 1 de la CADH, véase Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vargas Areco vs. Paraguay, Serie C Nº 155, de 26 de septiembre 2006.

18 Fredman (2008).

de deberes generales, apuntan a la necesidad de respetar los diferentes intereses, valores o bienes que puedan estar en juego en una situación concreta. Considerando que para la protección de un derecho es importante involucrarse en una relación tripartita (Estado-titular del derecho-terceras partes), se deben tomar en consideración diversos intereses y valores en juego¹⁹; así, en el caso chileno, la protección del derecho a la educación exige que en el desarrollo de una protección institucional del mismo se tomen en consideración los derechos o intereses de terceros, por ejemplo, en avanzar ideales asociados a la libertad de enseñanza, como la diversidad de proyectos educativos. Los deberes generales, en ese sentido, pueden entenderse como un recordatorio del mandato que pesa sobre el Estado de avanzar en todos los intereses protegidos por los derechos fundamentales de manera integral, considerando las posibilidades fácticas y legales de su realización. De ahí que la caracterización de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, es decir, como normas jurídicas que no pierden vigencia cuando aplicadas a ciertos casos deben delimitarse y concretarse sus condiciones de aplicación²⁰, permita entender los deberes generales como marco general para la realización integral de la diversidad de derechos fundamentales protegidos. Así, la idea de mandatos de optimización implica que el Estado no debe desatender una serie de intereses protegidos por derechos fundamentales que tendrán entonces un peso específico en su razonamiento. Dicho de otro modo, las cláusulas de deberes generales son un recordatorio de la difícil y compleja tarea que recae sobre el Estado, por ejemplo, en virtud de la interdependencia de los derechos sociales e individuales, de cumplir con los derechos sociales a pesar de la escasez de recursos, de asegurar la realización de ciertos derechos «absolutos» (como la prohibición de la tortura), y de conciliar en su aplicación práctica el respeto por otro(s) derecho(s) en la configuración de sus políticas públicas.

Otra de las cuestiones interesantes para la teoría de los derechos fundamentales, con respecto a los deberes generales, es la posibilidad de distinguir entre las obligaciones de respetar, proteger y promover, de acuerdo a sus destinatarios²¹. La obligación de respetar los derechos fundamentales, podríamos señalar, es universal, pues todos podrían ser considerados como destinatarios de este deber general. En cambio,

19 Sobre los sujetos de la relación iusfundamental, véase los capítulos IV y V.

20 Alexy (2002).

21 Sobre esta materia, véase el Capítulo V.

los deberes positivos, como el deber de proteger, pueden obligar a individuos, pero en general sus destinatarios son primariamente los Estados. Para justificar esta distinción, la teoría de la justicia trata de restringir su reflexión a la estructura institucional, de modo que la justicia de las particulares relaciones interpersonales quede fuera de su ámbito de preocupaciones²². Ello permitiría una división moral del trabajo, en que la protección de los derechos fundamentales de todos los habitantes, en tanto deberes de protección que exigen obligaciones positivas, sólo corresponde al Estado²³. En efecto, podríamos agregar, porque estamos preocupados de cuestiones de justicia con personas que habitan en nuestro territorio y respecto de las cuales no tenemos especiales vínculos que hagan derivar deberes especiales de protección (aunque sí deberes negativos de no interferencia), es que hemos constituido al Estado como entidad ficticia para solucionar los problemas de coordinación en la realización de la justicia. Sin embargo, han surgido diversas críticas en torno a esta división moral del trabajo, ya que el problema principal de cumplir con la obligación general de proteger o hacer efectivos los derechos es, si se quiere, principalmente un problema de acción colectiva. No se trata de que los medios a través de los cuales garantizamos los derechos son irrelevantes para determinar el grado de satisfacción de un derecho, pero el punto es no generar esa división abrupta entre justicia aplicada a las instituciones, por una parte, y justicia aplicada a las relaciones interpersonales, por otra. Como señala Murphy, «no debemos pensar en las instituciones jurídicas, políticas o, en general, sociales, constituyendo como un todo un ámbito separado de nuestras preocupaciones normativas, sino primariamente como los medios que la gente ha utilizado para conseguir de mejor manera sus objetivos políticos o morales»²⁴. Ello nos permitiría hacer una reflexión más informada acerca de la posibilidad de justificar moralmente las obligaciones jurídicas de proteger que podrían recaer sobre entidades no estatales, como las corporaciones transnacionales.

Sin embargo, además del destinatario primario, algunos autores han señalado que los ciudadanos de un Estado y las organizaciones internacionales se consideran como destinatarios de segundo orden: deben otorgar o quitar el apoyo político a un gobierno que no protege

 22 Rawls (1971), pp. 54-55.

23 Para un análisis acerca del modo de aplicar la idea de la «división del trabajo» a la teoría de la justicia, véase Scheffler (2006).

24 Murphy (1999), p. 253.

de manera adecuada los derechos fundamentales, y abogar por el mantenimiento o la reforma de los arreglos institucionales que permitan una mejor protección²⁵. Ello, además, constituye una de las premisas de la responsabilidad internacional de proteger. Esta doctrina parte de la base de que la soberanía estatal implica responsabilidad, y que por tanto la responsabilidad primaria de la protección de sus habitantes radica en el Estado. Sin embargo, cuando una población sufre serios daños o violaciones de sus derechos humanos, ya sea por guerra interna, insurgencia, represión o por un Estado fallido, y su Estado no tiene la voluntad o es incapaz de revertir estos daños, el principio de no intervención cede su lugar a la responsabilidad internacional de proteger²⁶.

4. Deberes generales y derecho constitucional

En general, existen muy pocas cláusulas constitucionales que se apliquen a todos los derechos fundamentales contenidos en una constitución. El ejemplo paradigmático son las cláusulas generales sobre la delimitación y restricción a los derechos fundamentales²⁷, que en general exigen que estas se hagan a través de una ley, y que sean necesarias y proporcionales de acuerdo a estándares democráticos (véase el caso de estas cláusulas en las constituciones de Canadá y Sudáfrica)²⁸. Los deberes generales son, en cierto modo, la contraparte de las cláusulas que guían la delimitación y restricción de los derechos fundamentales. Para Dieter Grimm, de estas últimas deriva el principio de proporcionalidad, que previene la sobre-reacción estatal ante determinadas circunstancias, mientras que las primeras nos permiten contrarrestar la falta de reacción estatal ante la no realización de los derechos fundamentales. Dentro de ese rango, las preferencias políticas pueden modelar o diseñar diversas formas institucionales de protección de los derechos fundamentales²⁹.

Los deberes generales se han asociado originalmente al «contenido normativo objetivo» de los derechos fundamentales, es decir, «a la

25 Pogge (2008), pp. 68-70; Nickel (1993), p. 81.

26 Winkelman (2010).

27 Véase el Capítulo VI sobre los conceptos de delimitación y restricción de derechos.

28 Véase la sección 1ª de la Carta canadiense de derechos y libertades; o la sección 36ª de la Constitución de Sudáfrica. Disponibles en: <<https://www.constituteproject.org/>>.

29 Grimm (2015), p. 25.

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»³⁰. Por su parte, ello alude a la discusión de los derechos fundamentales como maneras de proteger un «orden objetivo de valores» y, por tanto, generando obligaciones independientemente de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. Esta discusión, originada en Alemania a propósito de la Constitución de la República de Weimar (1919), e intensificada con ocasión de la Ley Fundamental de Bonn (1949), promulgada para lograr generar un quiebre con el trauma de la guerra, ha derivado en dos cuestiones constitucionales de renovado interés en años recientes: la idea de los derechos fundamentales como encarnaciones de principios objetivos del ordenamiento jurídico, y el denominado «efecto horizontal de los derechos»³¹. Ahora bien, la idea de los derechos fundamentales como valores objetivos, que ha derivado en el deber de protección, es distinta del «efecto horizontal», ya que la primera supone que el Estado es siempre el sujeto obligado por los derechos fundamentales³². En muchos ordenamientos, estas ideas han derivado también de la consagración de la dignidad humana como valor objetivo fundamental del ordenamiento jurídico, o incluso del principio de la supremacía constitucional³³.

En Alemania, la discusión en torno al contenido normativo objetivo de los derechos fundamentales dio lugar al desarrollo de las garantías institucionales y las garantías de instituto. De acuerdo a Carl Schmitt, estas ideas buscan garantizar ciertos derechos o libertades incluso frente al legislador, de modo que los derechos o libertades no sean promesas vacías («meros programas»), o cuyo contenido dependa enteramente de lo que decida contingentemente el parlamento. Según Dieter Grimm, ese era el gran problema de los derechos fundamentales establecidos con anterioridad a la Ley Fundamental de Bonn³⁴. Para la protección de los derechos fundamentales, las garantías institucionales funcionan especialmente como normas dirigidas al legislador, y pasan a consolidarse en el derecho constitucional alemán a partir de

 30 Aldunate (2009), p. 163.

31 Véase el Capítulo V, sección 4.2, sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

32 Grimm (2015), p. 25.

33 Nogueira (2010), p. 18.

34 Véase Grimm (2015), pp. 10-13.

la doctrina de la «esencia de los derechos», y su inclusión en la Ley Fundamental de Bonn (art. 19)³⁵. En nuestro sistema constitucional, la doctrina de los «derechos esenciales» se asocia con el carácter negativo de las garantías institucionales de los derechos fundamentales, esto es, a las obligaciones del Estado, en especial, a través del legislador, de respetar los límites a sus poderes de delimitar o complementar los derechos fundamentales (art. 19 N° 26 CPR)³⁶. Sin embargo, nada obsta a que esta teoría del contenido normativo objetivo pueda asociarse más bien a una teoría institucional de los derechos fundamentales, cuestión que analizaremos más adelante.

En el marco del auge y difusión del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente con la inclusión en las constituciones modernas de cláusulas de recepción o incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico a nivel doméstico, los deberes generales adquieren una nueva dimensión, en que todos los poderes públicos quedan vinculados por estos. Considerando que los tratados internacionales de derechos humanos no quedan sujetos a la condición de reciprocidad, los Estados se obligan como una unidad política ante la comunidad internacional a respetar, proteger y promover ciertos derechos humanos de sus habitantes aunque el resto de las partes contratantes no haga lo mismo. Así lo reconoció la Corte Suprema, al interpretar el sentido del artículo 5° inciso segundo, incorporado con la reforma constitucional de 1989: «estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y de los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona»³⁷. Por su parte, Francisco Cumplido, uno de los artífices de la mencionada reforma, señaló que, además del objetivo de incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al sistema de fuentes del derecho chileno, el artículo 5° inciso segundo tuvo como objetivo darles a los tratados de derechos humanos «el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos»³⁸. Cabe señalar que el deber de respeto y promoción se debe cumplir respecto de los derechos fundamentales o derechos formalmente constitucionales, pero también respecto

35 Aldunate (2009), p. 169.

36 Sobre esto, véase el capítulo IX.

37 Corte Suprema, Rol N° 3452-2006, cons. 65°.

38 Cumplido (2003).

de aquellos derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile³⁹.

En el contexto actual esta cláusula (art. 5º inc. 2º) ha servido para justificar el deber de controlar la convencionalidad de la legislación doméstica (o incluso el derecho interno, en un sentido amplio), es decir, su compatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁰. En otras palabras, los deberes generales se han utilizado como un modo de justificar el deber de los jueces de interpretar la legislación doméstica conforme a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y, en último término, de no aplicar (o incluso invalidar) la legislación cuando esta pueda generar efectos contrarios al derecho convencional. Ya que el Estado de Chile se ha comprometido como unidad política a respetar y proteger los derechos contenidos en la convención y a la actividad de los órganos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos, se ha señalado que estas cláusulas obligan a los jueces al control de convencionalidad, independientemente de la vigencia de la separación de poderes o de la arquitectura doméstica del control de constitucionalidad. En tiempos recientes, la idea de un control de convencionalidad «débil» ha permitido establecer un diálogo inter-jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes domésticas, de modo que el desarrollo de los deberes generales no comprometa los arreglos democráticos que se expresan en diversas arquitecturas judiciales⁴¹.

Esta discusión cambia definitivamente la idea de los derechos fundamentales, generando un valor agregado como consecuencia de su incorporación en instrumentos jurídicos: ya no sólo implicarían obligaciones negativas de respetar por parte del Estado, sino principalmente obligaciones positivas que hagan posible la implementación efectiva o la garantía real de los derechos fundamentales en la práctica. La doctrina de las «obligaciones positivas», desarrollada por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y por diversas jurisdicciones comparadas⁴², ha señalado que el paso de los deberes negativos a los deberes positivos implica que el Estado está en «posición especial de garante» con respecto a los derechos fundamentales, tomando

39 Sobre esto, véase el Capítulo III.

40 Contreras y García (2014), pp. 211-214.

41 Contesse (2013); Contreras (2014).

42 Para una panorámica comparada general, véanse los trabajos de Akandji-Kombe (2007); Klatt (2011); Shelton and Gould (2013).

prestado el término utilizado por la dogmática penal a propósito de los delitos de comisión por omisión. Debido a ello, los deberes generales también están presentes en el debate sobre la posibilidad de que las personas (naturales o jurídicas) sean consideradas como sujetos obligados por los derechos fundamentales (efecto horizontal), o en la idea del efecto relativo mediato, esto es, la atribución de responsabilidad mediata al Estado por actos de particulares, que está en posición de garante con respecto al ejercicio y goce de los derechos fundamentales (responsabilidad vicaria).

Considerando lo señalado anteriormente, la reflexión sobre los deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales está más cerca de los postulados del «constitucionalismo positivo», o de una idea de constitución vista más como un conjunto de estándares de legitimidad, decencia y orientación política que como un manual de prohibiciones para el poder político. La mayor parte de los derechos fundamentales se otorgan bajo la forma «todos tienen derecho a...», de modo que el énfasis se desplaza hacia las condiciones y limitaciones que se establezcan a través de arreglos institucionales colectivos para garantizar su efectividad. El tema es que las limitaciones se asocian más bien a aquellos derechos que tienen fuerza orientadora en un proceso racional de toma de decisiones, mientras que los derechos que se garantizan bajo la forma «Nadie será sujeto a...», tienen fuerza conclusiva, de modo que no cabe mucho razonamiento previo sobre su aplicación (el caso más obvio es el de la prohibición de la tortura)⁴³. Por ello, la idea de deberes generales se asocia más con un catálogo de derechos implementado por todos los poderes públicos antes que uno administrado principalmente por el poder judicial⁴⁴. En términos específicos, y considerando que los derechos fundamentales vienen redactados en términos generales y ambiguos, este tipo de deberes se asocia con una preferencia por protecciones legislativas de derechos fundamentales, que son las más adecuadas para determinar el sentido y el alcance de los distintos derechos protegidos. Bajo este contexto, podemos comprender el auge de las políticas públicas con enfoques de derechos, en que el parlamento es el organismo con mayor legitimidad democrática para hacer las ponderaciones necesarias para respetar, promover y proteger de manera integral los derechos fundamentales⁴⁵.

43 Finnis (2007), p. 212. Véase, además, el Capítulo VI.

44 Campbell (2006), p. 100.

45 Abramovich y Pautassi (2009).

En el marco del constitucionalismo democrático, los derechos fundamentales incluidos en las cartas constitucionales deben quedar abiertos para las futuras negociaciones y re-negociaciones democráticas que deben darse en el parlamento, en virtud del mandato-poder que se le entrega en las cláusulas limitativas que en general se incorporan en los catálogos de derechos (por ejemplo, en nuestro derecho constitucional, en el art. 19 N° 26 CPR). De este modo, a través de la actividad legislativa, los derechos constitucionales indeterminados adquieren el estatus de derechos determinados; es decir, que sabemos qué es lo que exigen de cada uno con respecto a la invocación de un derecho en particular⁴⁶. Por ello, en tanto derechos fundamentales incluidos en constituciones, «tienen sólo el estatus de premisas en el razonamiento a propósito de la proporcionalidad y el balanceo, con el resultado que todo el proyecto de los derechos constitucionales puede ser simplificado reemplazando el catálogo de derechos por una sola proposición: la legislatura debe respetar el principio de proporcionalidad»⁴⁷. Bajo esta comprensión, además de una función expresiva (es decir, que expresa aquello que consideramos tan importante que nos constituye como comunidad política), los deberes generales pueden servir como el compromiso político que otorga un peso específico a los derechos fundamentales en tal razonamiento, que finalmente será llevado a cabo principalmente por la actividad legislativa⁴⁸. En efecto, si los derechos fundamentales determinan su alcance y contenido concreto a través de la actividad legislativa (que debe verse como constitutiva de los derechos fundamentales antes que meramente limitativa o potencialmente violadora), los deberes generales son un recordatorio político de la importancia de estas premisas en un espacio sujeto a las circunstancias de la política: la inevitabilidad de una decisión institucional a pesar de los desacuerdos sobre las cuestiones morales y políticas que subyacen en la invocación de los derechos fundamentales⁴⁹. De alguna manera, las cláusulas que establecen deberes generales representan la importancia que deben jugar los derechos fundamentales en la deliberación política diaria.

En este contexto, la comprensión institucional de los derechos humanos o, propiamente hablando, una teoría institucional de los

46 Webber (2012).

47 Webber (2012), p. 4.

48 Sobre la colaboración que hace el reglamento (de ejecución) a la ley, véase el capítulo VII.

49 Waldron (1999).

derechos humanos/fundamentales, implica que: «al postular un derecho humano a X, uno está afirmando que cualquier sociedad o sistema social, debe ser (re)organizado, dentro de lo posible, de modo que sus miembros tengan un acceso seguro a X; esa “seguridad” debe entenderse como especialmente sensible a las personas a las que les sea negado X, o que se vean privadas de X en términos oficiales: ya sea por el gobierno, sus agentes o funcionarios. Así, la evitable inseguridad en el acceso, por sobre ciertos niveles plausibles, constituye una falta de respeto oficial (*official disrespect*) y contamina los registros de derechos humanos de un país. Los derechos humanos son, por tanto, demandas morales sobre la organización de la sociedad en que uno vive. Sin embargo, ya que los ciudadanos son colectivamente responsables por la organización de su sociedad y su compromiso con los derechos humanos, estos finalmente derivan en demandas sobre los ciudadanos (especialmente aquellos que están en posiciones de influencia). Las personas comparten responsabilidad por las faltas de respeto oficiales a los derechos humanos en el marco de un arreglo institucional coercitivo en el que están implicadas en su mantenimiento»⁵⁰.

En este sentido, una teoría institucional de los derechos fundamentales debilita las distinciones entre derechos individuales y sociales a partir de los deberes negativos y positivos respectivamente; antes bien, todos los sujetos obligados por un derecho fundamental tienen el deber negativo de abstenerse de apoyar un arreglo institucional en que la seguridad en el acceso a los objetos que los derechos fundamentales protegen pueda estar en peligro o verse amenazada; más aún, el Estado, por su propia condición, y en último término los privados, tienen la obligación positiva de modificar el arreglo institucional para mejorar la seguridad en el acceso a esos objetos. Esa es, según Pogge, el contenido de la obligación general que se deriva del derecho establecido en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ubicado justo después de terminar la enumeración de la lista de derechos reconocidos por ese instrumento: «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

50 Pogge (2008), p. 70.

5. Sistema interamericano de derechos humanos

En esta sección analizaremos brevemente el modo en que el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante, «SIDH») ha abordado la temática de los deberes generales que tienen los Estados con respecto a los derechos humanos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, «CADH»).

Para el SIDH, las obligaciones generales han sido objeto de una rica y variada jurisprudencia en torno al artículo 1.1, sobre todo a propósito de las denominadas obligaciones positivas⁵¹. En principio, parecería que la obligación de respetar es una categoría que subsume a las obligaciones de hacer efectivo el ejercicio del derecho, de modo que la distinción entre ambas obligaciones no es clara. En el primer caso contencioso que decidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «Corte IDH»), *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, señaló que «en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos [reconocidos por la CADH], se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo»⁵². Por tanto, la obligación de respetar, que en principio parecía asociarse a una obligación universal de carácter negativo, también podría implicar el deber de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos (obligación positiva)⁵³. Más allá de esta supuesta confusión, hoy en día la Corte IDH, al igual que su par europea, ha desarrollado una extensa jurisprudencia en torno a las obligaciones positivas que le permite establecer diversas hipótesis de atribución de responsabilidad internacional en contra de algunos de los Estados Parte.

51 Artículo 1.1. CADH: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». La obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, contemplada en el artículo 2 de la CADH, no será tratada en este capítulo.

52 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, Serie C Nº 04, de 29 de julio 1988, párr. 169.

53 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Serie C Nº 130, de 8 de septiembre 2005.

En otros tratados internacionales de derechos humanos se ocupa la tríada respetar, proteger y realizar como obligaciones distintas. La CADH escogió reducir sólo a dos las obligaciones generales: el deber de respeto y el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales. De una lectura de diversos fallos sobre el sentido y alcance del artículo 1.1., se puede realizar una síntesis de las características generales de la obligación positiva de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, que en principio parece una obligación más amplia que la mera protección⁵⁴. En primer lugar, esta obligación corresponde principalmente a los Estados, a sus agentes o funcionarios, o a los individuos o entidades particulares que desarrollen actividades que en general corresponden a los Estados⁵⁵; además, la mera tolerancia oficial o indiferencia ante una violación de derechos humanos constituye un hecho que permite atribuir responsabilidad internacional⁵⁶. En términos generales, la Corte IDH ha actuado de acuerdo a las reglas generales sobre atribución contenidas en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional sobre la materia⁵⁷. En segundo término, podríamos señalar que si bien esta obligación surge de la posición especial de garante en que se encuentran los Estados⁵⁸, «es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción»⁵⁹. Tal como ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos a propósito de su doctrina de las obligaciones positivas, los deberes de protección y prevención de violaciones de derechos humanos «se encuentran condicionados

54 Véase Megret (2014), p. 101.

55 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Serie C Nº 149, de 4 de julio 2006, párr. 86.

56 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, Serie C Nº 76, de 25 de mayo de 2001, párr. 91.

57 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 53 ava sesión, 2001.

58 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Serie C Nº 174, de 15 de septiembre 2005, párr. 111; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C Nº 163, de 11 mayo 2007.

59 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Serie C Nº 140, de 31 de enero 2006, párr. 117.

al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo»⁶⁰. Además, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio implica, en el largo plazo, «el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»⁶¹. Esta obligación general, además, «no se agota con la existencia de un orden normativo (...) sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio»⁶².

6. Deberes generales y derechos sociales

La relación entre derechos sociales y deberes generales tomó forma, en el derecho constitucional alemán, con la discusión acerca de los derechos a acciones positivas del Estado. En efecto, temerosos de los problemas que podría aparejar el establecimiento de derechos sociales en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, quienes redactaron el texto decidieron excluir derechos que ya se garantizaban al nivel de los estados o provincias alemanas (*Land*), como el derecho al trabajo (Constitución de Bavaria) o el derecho a la educación (Constitución de Bremen). Ante esta situación, surgieron numerosos casos en que la evolución del estado de bienestar alemán era puesto en duda ante las cortes, teniendo estas que recurrir a una serie de normas constitucionales que podían servir como punto de partida para la resolución de estos casos. Por ejemplo, a partir de la cláusula del «Estado Social» (28.1.1), o del «deber de todos los poderes del Estado de proteger la dignidad humana» (1.1.2), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado la relación entre estos deberes generales y las obligaciones particulares que surgen con respecto a los derechos sociales. En otras palabras, tal como en otras partes del

60 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Serie C Nº 140, de 31 de enero 2006, párr. 117.

61 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, Serie C Nº 04, de 29 de julio 1988, párr. 166.

62 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, Serie C Nº 04, de 29 de julio 1988, párr. 167.

mundo, los deberes generales, que muchas veces vienen incluidos en preámbulos o consideraciones generales, han servido como manera de realizar indirectamente los bienes públicos o intereses individuales que aspiran a proteger los derechos sociales, muchas veces excluidos de los derechos garantizados constitucionalmente⁶³. En efecto, en muchos casos las cortes prefieren aplicar el carácter jurídicamente indiscutido de las cláusulas de deberes generales en vez del cuestionado estatus de los derechos sociales.

En el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, para referirse a los casos en que los Estados deben garantizar las condiciones para el ejercicio de los derechos convencionales, se habla de «obligaciones positivas». A pesar de que en algún momento fueron consideradas en un segundo plano, a diferencia de las obligaciones negativas, hoy en día es imposible encontrar un derecho convencional respecto del cual no existan obligaciones positivas⁶⁴. A pesar de que puedan adolecer de un grado importante de incertidumbre, sobre todo considerando la aplicación de doctrinas como el «margen de apreciación», la Corte de Estrasburgo ha sostenido que las obligaciones positivas son jurídicamente vinculantes en el sentido de que los Estados deben disponer de todos los medios institucionales para garantizar la protección de los derechos y libertades establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁵. Sin perjuicio de ello, la aplicación de las obligaciones positivas queda sometida también al principio de proporcionalidad, de modo que no pueden ser interpretadas como imponiendo una carga excesiva o demasiado onerosa para el Estado Parte⁶⁶.

La pregunta, en el estado actual de la doctrina iuspublicista, no es tanto si acaso los derechos fundamentales implican obligaciones positivas, sino más bien acerca de su alcance: así, por ejemplo, si bien el derecho a la vida implica la obligación de establecer sanciones criminales para la violación del derecho a la vida, la pregunta fundamental es si la obligación positiva se extiende hacia el establecimiento de un sistema público de salud que garantice el cuidado y la protección de la vida

63 Véase, por ejemplo, el análisis de la jurisprudencia alemana que hace Alexy (2002), cap. 9.

64 Whites y Obey (2010), p. 100.

65 Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Ilascu y otros con Moldavia y Rusia*, Ap. N° 48787/99, de 8 de julio de 2004, párr. 333.

66 Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Ilascu y otros con Moldavia y Rusia*, Ap. N° 48787/99, de 8 de julio de 2004, párr. 332.

humana. De este modo, los derechos sociales aparecerían también en el horizonte de protección de los derechos civiles y políticos. Ahora bien, para determinar el alcance, es importante referirse al contenido de cada derecho, cuestión que no corresponde al objeto de este capítulo. En lo que sigue, me interesa avanzar algunas reflexiones en torno a la influencia que tendrían los deberes generales en el fortalecimiento de los derechos sociales.

En consonancia con una teoría institucional de los derechos fundamentales, los derechos sociales han adquirido gran relevancia en el desarrollo de políticas públicas con enfoques de derechos. De este modo, la objeción contramayoritaria y de incapacidad técnica a la justiciabilidad de los derechos sociales ha permitido desplazar la fuerza normativa de los derechos sociales hacia una teoría de la legislación. Hoy en día, el grado de desarrollo de las «políticas sociales con enfoque de derechos» ha logrado permear el actual debate en torno a los derechos sociales⁶⁷. En este debate, los deberes generales se han visto ligados a una teoría institucional de los derechos sociales. Como señala la anterior Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Extrema Pobreza, «[l]a protección de los derechos humanos, que incluye el respeto y protección a las particularidades y requerimientos específicos de los diversos grupos de población, no es una opción más de política pública, sino que responde a obligaciones estatales asumidas en virtud de una amplia gama de normas jurídicas nacionales e internacionales de derechos humanos. Conforme a las cuales, los Estados están obligados a garantizar que los derechos humanos guíen el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de todas las políticas públicas, incluyendo las relativas a la protección social»⁶⁸.

La idea de lograr estándares mínimos de derechos sociales a través de políticas sociales específicamente dirigidas al combate de la pobreza ha generado una gran cantidad de literatura crítica al respecto. En efecto, la pregunta es cómo ciertos instrumentos de política social, como las transferencias de ingresos condicionados (en adelante, «TIC»), muy populares en América Latina por su efectividad y bajo costo, pueden evaluarse bajo un enfoque de derechos humanos. En este sentido, las obligaciones generales de respeto, protección y promoción obligan a buscar instrumentos de política social adecuados a un marco general de

⁶⁷ Abramovich y Pautassi (2009); Sepúlveda (2014).

⁶⁸ Sepúlveda (2014), p. 7.

derechos fundamentales. En el caso específico de las TIC, las obligaciones generales obligarían, por ejemplo, a evitar diseños de política social centrados en estereotipos que reproducen ciertos patrones sociales o culturales de desigualdad⁶⁹, o únicamente enfocados en el cumplimiento de indicadores mínimos de pobreza económica sin tomar en cuenta un enfoque integral de «capacidades» o de «desarrollo humano». Desde una perspectiva de derechos, las TIC plantean problemas muy serios, como la imposición de condiciones o intromisiones en la vida privada para el acceso a estándares mínimos de protección social, el establecimiento de sanciones por el no cumplimiento de las condiciones, o la reproducción de estereotipos que violan el derecho a la igualdad y no discriminación. De inmediato, la pregunta que surge con este tipo de instrumentos es si acaso sistemas de provisión universal cumplen de mejor manera con la obligación general de proteger los derechos sociales, considerando que el aumento significativo de las TIC ha implicado, a su vez, un descenso en el gasto público de servicios de provisión universal, por ejemplo, en materia de salud⁷⁰.

A partir de una reconstrucción doctrinaria de los deberes generales, en conjunto con los derechos fundamentales sociales recogidos tanto en las constituciones como en los tratados internacionales, es posible sostener una función crucial para los primeros. En efecto, como dijimos antes, para pasar de un mero deber negativo a un deber positivo de protección institucional, es importante previamente constituir al Estado en posición de garante. Sin embargo, a propósito de los derechos sociales, es importante justificar su existencia más allá del establecimiento de obligaciones positivas de parte del Estado⁷¹. Así, los derechos sociales pueden distinguirse de los derechos individuales por su forma característica de protección institucional, pues su determinación no puede derivarse meramente de una descripción de la posición activa del derecho. En otras palabras, la sola descripción del derecho social no determina con precisión el sujeto destinatario del deber ni la delimitación de sus obligaciones. Por otra parte, su forma de protección institucional debiera considerar criterios como la cooperación, la cultura y la disponibilidad de recursos, lo que los

69 Por ejemplo, en materia de género, considerando que estos instrumentos consideran casi de manera invariable a la mujer como receptora de beneficios, como advierte Sepúlveda (2014), p. 20.

70 Lavinas (2013), p. 35.

71 Atria (2014).

hace difícilmente compatibles con las formas tradicionales de proteger derechos individuales a través de garantías judiciales⁷². La conexión entre una teoría institucional de los derechos fundamentales y una comprensión adecuada de la forma de realización institucional de los derechos sociales nos debería llevar a una reflexión más profunda sobre el sentido de los deberes generales. Para cierta literatura, es importante que la justificación de los derechos fundamentales vaya aparejada de una teoría de la justicia que ponga el énfasis en la justicia de los arreglos institucionales que determinan las formas de cooperación, sobre todo la división de los deberes correlativos al conjunto de derechos⁷³. Ello permite que la satisfacción de los derechos fundamentales pueda adecuarse a cuestiones fácticas, que determinan el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, los deberes generales deben resolver complejas cuestiones normativas relativas a las prioridades, o a la división del trabajo en la ejecución de los deberes, de modo que el cumplimiento de un derecho fundamental no implique la desviación de energías, fondos o esfuerzos de otras tareas fundamentales de un arreglo colectivo de cooperación. En este sentido, las cláusulas de deberes generales pueden asociarse por tanto a un deber de realización recíproca de los intereses que protegen los derechos sociales, en tanto la protección de un derecho social no puede implicar un menoscabo o desprotección de otros derechos o bienes comunes.

Por último, cabe señalar que los deberes generales también pueden servir como protección o «escudo» ante acciones judiciales que pretendan cuestionar políticas de protección de los derechos sociales⁷⁴. Por ejemplo, ante acciones constitucionales basadas en los derechos civiles (propiedad, libre tránsito, libre actividad económica), las cortes pueden utilizar los deberes generales como una manera de igualar el estatus de los derechos fundamentales a ser protegidos por las autoridades públicas: el Estado debe proteger tantos los derechos justiciables como aquellos no justiciables, respecto de los cuales no existe una acción judicial disponible para que los individuos reclamen su incumplimiento. En este sentido, la no justiciabilidad no afecta la fuerza normativa de los derechos sociales: son derecho directamente aplicable para la resolución de los conflictos.

72 Atria (2014), pp. 55-67.

73 Waldron (2010)

74 King (2012), p. 36.

7. Deberes intensificados de protección

En esta última sección, cabe referirse al surgimiento de los deberes intensificados de protección. En efecto, si los deberes generales apuntan a la posición de garante que tiene el Estado con los derechos fundamentales, la pregunta es si acaso existe una relación especial con respecto a los grupos más desfavorecidos o vulnerables. A partir de una reconstrucción doctrinaria de los deberes generales y otros preceptos constitucionales, podemos afirmar una posición especial de garante, que posiciona al Estado como responsable objetivamente de las infracciones o violaciones a los intereses protegidos por los derechos fundamentales de los miembros de grupos considerados vulnerables. En la mayoría de los ordenamientos constitucionales, esta relación especial se puede inferir de una articulación entre la cláusula de los deberes generales y aquellas que se refieren a la protección de la dignidad o igualdad, a la eliminación de los privilegios sociales o a las cláusulas sobre la existencia y fundamento del Estado Social de Derecho. La premisa es que los habitantes de un Estado que están en una situación de vulnerabilidad tienen menos capacidades o recursos para defenderse de los ataques o amenazas a sus derechos fundamentales. En el caso chileno, podemos recurrir a los incisos 3º y 4º del artículo 1º de la Constitución, además del artículo 19 N° 2, para la posibilidad de desarrollar una dogmática en torno a los grupos desaventajados. En efecto, si el Estado «debe promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional», creando «las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece», cabe preguntarse por el modo en que el Estado asumirá el cumplimiento de sus deberes generales con respecto a los derechos fundamentales. Fernando Muñoz ha desarrollado el concepto de los «grupos desaventajados como complemento a la dogmática constitucional de igualdad», pero su recepción doctrinaria en Chile es aún incipiente. La evaluación inicial que se ha hecho de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación no ha permitido sostener la existencia de un concepto de «grupos desaventajados» que sirva de herramienta conceptual para la solución de los conflictos judiciales⁷⁵.

75 Muñoz (2015). En mi opinión, el concepto de vulnerabilidad tiene mejores posibilidades de ofrecer una dogmática que complemente los deberes que surgen para el Estado a propósito del principio de igualdad. A pesar de que la

En el marco de los deberes generales, el concepto de vulnerabilidad cobra especial relevancia, pues nos permite ir más allá de los grupos que vienen definidos por las categorías protegidas de las cláusulas de igualdad y antidiscriminación a nivel doméstico e internacional⁷⁶. Estas categorías definen las propiedades que dividen en grupos al universo de población sujeta a regulación: uno de esos grupos está constituido por personas que son víctimas de desventajas sustantivas y persistentes y, por tanto, aquellos que serán objeto de una especial protección estatal⁷⁷. Así, cuando la ley (u otros actos públicos o privados) ocupe estas categorías para definir una restricción a un derecho o beneficio, será considerada como potencialmente sospechosa. Por otra parte, cuando una disposición considere estas categorías como objeto de protección de políticas afirmativas, será considerada como compatible con los arreglos constitucionales o con estándares internacionales de derechos humanos. El problema, claro está, es que los grupos que serán objeto de especial protección estatal serán sólo aquellos que han logrado incluir la categoría definitoria dentro de los instrumentos normativos, como lo ilustra el caso estadounidense, en que el grado de protección de los grupos dependerá de su estatus ante el derecho y la jurisprudencia: así, el sexo y la raza serán categorías especialmente protegidas («escrutinio estricto»), producto de luchas históricas, a diferencia de la orientación sexual, la identidad de género o la discapacidad, que tienen un menor grado de protección («escrutinio aumentado»). También se ha apuntado a que esta jerarquía de grupos protegidos depende de la capacidad de asimilación a la cultura dominante, y por tanto de la distinción entre grupos cuya desventaja depende de propiedades inmutables (como la raza o el género), a diferencia de otras que dependerían de decisiones individuales (como la orientación sexual)⁷⁸. Por su parte, el eje «clase» o «pobreza» ha sido rechazado explícitamente como determinante de un grupo por la jurisprudencia en torno a la cláusula

.....

desventaja relativa sigue siendo un elemento esencial para la teoría del derecho de la antidiscriminación, el problema del concepto de «grupos desaventajados» es que sigue trabajando sobre la base de grupos que sufren cierta desventaja por el hecho de ser víctimas de minusvaloraciones sociales adscriptivas, ignorando el hecho de que la igualdad no parece únicamente preocupada por la igual distribución de criterios de reconocimiento.

76 Fineman (2008), p. 3.

77 Khaitan (2015), p. 31.

78 Yoshino (2002).

de igual protección⁷⁹. Peor aún, este escenario motiva la reificación de los grupos desaventajados y la potencial pérdida de fuerza normativa de aquellas categorías reconocidas que logran tímidamente permear instancias de poder: así, por ejemplo, el hecho de que algunos miembros de la minoría negra accedan a importantes cargos públicos ha sido invocado como argumento para terminar con la especial protección de grupos desaventajados por su raza⁸⁰.

A diferencia de este modo tradicional de establecer cuáles son los grupos que serán objeto de una especial protección, el concepto de vulnerabilidad ha permitido que las autoridades públicas fijen su atención en grupos cuyas categorías son especialmente fluidas y que en general pueden ser enmarcadas dentro de las teorías de la interseccionalidad o de la discriminación múltiple⁸¹. Por su parte, nos permite solucionar los problemas de sobreinclusión, esto es, de aquellos casos en que el Estado parece proteger a miembros privilegiados de los grupos considerados estructuralmente desaventajados. En último término, el concepto de vulnerabilidad nos permite evitar las críticas que se han dirigido en torno a los arreglos institucionales que vienen determinados por los postulados del igualitarismo de la suerte. En efecto, el concepto de vulnerabilidad permite derivar un deber de garante para el Estado, independiente de las elecciones del individuo protegido. Ello permite contrarrestar el modo en que las elecciones individuales parecen determinar el grado de protección que se recibe en los ordenamientos de las democracias liberales (el ejemplo paradigmático, en este sentido, es el crecimiento de la industria de los seguros privados en la prestación de servicios básicos)⁸². Por ello, se ha señalado, el concepto de vulnerabilidad nos permite pasar de un esquema de igualdad formal a uno constituido por la igualdad sustantiva.

En el caso chileno, los deberes intensificados de protección y, concretamente, el concepto de vulnerabilidad han sido explícitamente considerados por nuestra jurisprudencia. En múltiples casos, las cortes han considerado que los «grupos socioeconómicamente vulnerables», «grupos socialmente vulnerables», o «las personas en situación de vulnerabilidad» requieren especial atención y protección del Estado cuando están en juego los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en

79 Corte Suprema de los Estados Unidos, *San Antonio v. Rodríguez*, 411 U.S., (1973).

80 Fineman (2008), p. 4.

81 Crenshaw (1991).

82 Anderson (1999).

un caso representativo de una serie de recursos de amparo que han sido presentados por comunidades mapuche, que alegaron sentirse amenazadas en su seguridad personal por operativos policiales, la Corte Suprema ha reiterado que Carabineros de Chile, en su calidad de representante de la ejecución de la fuerza estatal, debe tener especial consideración de los deberes intensificados de protección: «[q]ue si bien es cierto y conforme a la normativa aplicable a Carabineros de Chile, dicha institución con el fin de mantener a resguardo el orden y seguridad puede emplear distintos medios para disuadir conductas que vulneren el normal orden social, no es menos cierto que tal uso de la fuerza pública debe ser prudente, racional y proporcional, de forma tal que no puede afectar viviendas particulares inmotivadamente, debiendo abstenerse de usar fuerzas desmedidas que puedan causar daños a sus moradores *y en particular a personas en situación de vulnerabilidad que ahí se encuentren*, más aún si no hay evidencia concreta de que desde tales residencias se hayan estado realizando actos de violencia en su contra»⁸³.

El caso es interesante porque no solamente ocupa una categoría previamente fijada para establecer el deber intensificado de protección (en este caso, «etnia», para ocupar la categoría utilizada por la Ley 20.609), sino que hace referencia al concepto de vulnerabilidad, que permitiría una consideración más amplia de los grupos que serán objeto de este tipo de deberes. En efecto, en este caso, las comunidades mapuche señalaron que las principales víctimas de la violencia utilizada en operativos policiales eran mujeres, niños y la tercera edad⁸⁴. En otros casos, el concepto de vulnerabilidad ha sido utilizado como una manera de considerar que los deberes especiales de protección, como aquellos que existen en los procesos de consulta que deben realizarse con los pueblos indígenas, son perfectamente compatibles con la Constitución y los estándares contenidos en tratados internacionales⁸⁵. Más aun, el concepto de vulnerabilidad ha sido utilizado latamente en la jurisprudencia constitucional a propósito del análisis del deber preferente del Estado en materia de salud. En los casos relacionados con la constitucionalidad de las tablas de factores que utilizan las Instituciones de Salud Previsional para determinar el precio de las cotizaciones a pagar por los diferentes planes de salud, el Tribunal Constitucional ha señalado que ciertos sujetos especialmente vulnerables, como aquellos que pertenecen a la tercera

83 Corte Suprema, Rol N° 12558-2011, cons. 3º, énfasis agregado.

84 Centro de Derechos Humanos UDP (2014), pp. 241-242.

85 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1705-2009.

edad, constituyen un fundamento adicional para el deber de regular los elementos básicos del contrato de seguros privados de salud. En otras palabras, el deber preferente del Estado en materia de salud (art. 19 N° 9 inc. 4°), se erige en un deber intensificado de protección para aquellos que están en situación de especial vulnerabilidad, como las mujeres en edad de gestación o los miembros de la tercera edad⁸⁶. En otros casos, la vulnerabilidad se ha asociado con la necesidad de que la autoridad se haga cargo de la particular vulnerabilidad de ciertos sujetos: en un caso que afecta a muchas personas que viven del comercio ambulante, un sujeto cuyo permiso municipal para realizar su actividad en bienes de uso público había sido denegado, exige que se tome particular atención a su única fuente de trabajo, considerando la especial vulnerabilidad que lo afectaba a él y a su familia. El voto disidente del ministro Sergio Muñoz señaló que la situación de vulnerabilidad del sujeto reclamante y la igual dignidad de las personas que deben observar las autoridades públicas exige que el Estado (en este caso, a través de la municipalidad, que tiene poderes para administrar el uso de los bienes nacionales de uso público) debe considerar todos estos aspectos en la resolución respecto a permisos, debiendo entregar una respuesta fundada. La vulnerabilidad, en este caso, exige hacerse cargo de los detalles del caso («el trasfondo humano y jurídico de la presente acción cautelar de derechos fundamentales»), y obliga al Estado, a través de sus deberes generales, a hacerse cargo de la particular situación del sujeto reclamante⁸⁷. Por ello, muchas veces los deberes intensificados de protección no exigen respetar un límite absoluto que, por ejemplo, pueda inferirse de una noción de dignidad que exija un tratamiento sobre ciertos mínimos (por ejemplo, la prohibición de tratos degradantes); antes bien, el Estado y, más bien, el derecho, respetan la dignidad de un sujeto vulnerable al considerarlo en su igual estatus, al dar cuenta de sus reclamos de manera razonada, al responder con hechos, haciéndose cargo de la particular situación que aqueja o reclama el sujeto vulnerable⁸⁸. Eso era lo que estaba en juego en estos casos, y bien puede ser que los deberes intensificados de protección con respecto a sujetos o poblaciones vulnerables exija hacerse cargo de los detalles, de los factores de riesgo o, como dijo la Corte Suprema, del «trasfondo humano y jurídico de las acciones cautelares de derechos fundamentales».

86 Tribunal Constitucional (2012), p. 158.

87 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7076-2012, voto disidente, cons. 4°.

88 Waldron (2012).

8. Conclusiones

Este capítulo ha buscado hacer una particular contribución a la discusión teórica de los deberes generales de respeto, protección y promoción de derechos fundamentales. En lo concreto, ha buscado en la teoría de los derechos fundamentales, y en la reconstrucción de nuestro sistema de derecho constitucional, un sentido adecuado de esta cláusula, presente en casi todos los ordenamientos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

Como hemos visto, los deberes generales adquieren una particular relevancia en la discusión de las obligaciones estatales, en particular, con respecto a la necesidad de una protección integral de los intereses y bienes públicos que protegen los denominados derechos fundamentales. Si bien el ámbito de protección de los derechos fundamentales puede parecer amplio, los deberes generales obligan al Estado a diseñar políticas que realicen una adecuada protección y una promoción integral de los derechos fundamentales. Esta obligación de consistencia parece inferirse de la necesidad que tiene el Estado de no desproteger derechos fundamentales o bienes públicos en su actividad cautelar. Esta tensión, como vimos antes, se aprecia de manera particularmente clara en el debate sobre los derechos sociales fundamentales. Por último, los deberes generales adquieren particular relevancia en la relación del Estado con grupos vulnerables. En efecto, la posición de garante que adquiere el Estado deriva en deberes intensificados de protección que se articulan a través de detalles muy difíciles de percibir a simple vista. En ese sentido, los deberes generales con respecto a los derechos fundamentales obligan a hacerse cargo de las particulares situaciones de vulnerabilidad que ofrece la vida moderna.

Bibliografía citada

- ABRAMOVICH, VÍCTOR y LAURA PAUTASSI, 2009: «El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales», en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- AKANDJI-KOMBE, JEAN-FRANÇOIS, 2007: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe.
- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALEX, ROBERT, 2002: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.

- ANDERSON, ELIZABETH, 1999: «What is the point of equality?», en *Ethics*, N° 109, pp. 287-337.
- ATRIA, FERNANDO, 2014: *Derechos Sociales y Educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM ediciones.
- CAMPBELL, TOM, 2006: *Rights: A Critical Introduction*. New York: Routledge.
- CLAPHAM, ANDREW, 2006: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press.
- CONTESE, JORGE, 2015: «Inter-American constitutionalism: the interaction between human rights and progressive constitutional law in Latin America», en César Rodríguez Garavito (ed.), *Law and Society in Latin America*. New York: Routledge.
- CONTRERAS, PABLO, 2014: «Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, pp. 235-274.
- CONTRERAS, PABLO, y GONZALO GARCÍA, 2014: *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- COMITÉ DESC, 1999: «El derecho a una alimentación adecuada, Observación General 12», [Fecha de consulta: 20 de Julio de 2015]. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm12s.htm>>.
- CRENSHAW, KIMBERLÉ, 1991: «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color», en *Stanford Law Review*, N° 43, pp. 1241-1299.
- CUMPLIDO, FRANCISCO, 2003: «La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia», en *Ius et Praxis*, Año 9, N°1, [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100018&script=sci_arttext>.
- EIDE, ASBJORN, 1989: «Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach», en *Human Rights Law Journal*, N°10, pp. 35-51.
- ESPING-ANDERSEN, GOSTA, 1990: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- FEINBERG, JOEL, 1973: *Social Philosophy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y CARLOS MARÍA PELAYO MOLLER, 2010: «La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana», en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, pp. 141-192.
- FIGUEROA, RODOLFO, 2009: «Justificación del Rol de las Cortes haciendo justiciables los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Particular, el Derecho a la Protección De La Salud», en *Revista Chilena de Derecho*, N° 36, pp. 313-342.

- FINEMAN, MARTHA ALBERTSON, 2008: «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, Nº 20, pp. 1-23.
- FINNIS, JOHN, 2007: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- FREDMAN, SANDRA, 2008: *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press.
- GOULD, ARIEL y DINAH SHELTON, 2013: «Positive and Negative Obligations», en Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GRIMM, DIETER, 2015: «The role of fundamental rights after sixty-five years of jurisprudence of constitutional jurisprudence in Germany», en *International Journal of Constitutional Law*, Año 13, Nº 1, pp. 9-29.
- KING, JEFF, 2012a: «Constitutions as Mission Statements», en Dennis Galligan y Mila Versteeg (eds.) *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 73-102.
- _____. (2012b): *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KHAITAN, TARUNABH, 2015: *A Theory of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.
- KLATT, MATTHIAS, 2011: «Positive Obligations under the European Convention on Human Rights» [Fecha de consulta: 7 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.zaoerv.de/71_2011/71_2011_4_a_691_718.pdf>.
- LAVINAS, LENA, 2013: «21st Century Welfare», en *New Left Review*, Nº 84, pp. 5-40.
- MEGRET, FRÉDÉRIC, 2014: «The Nature of Obligations», en Daniel Moeckli, Sangeetay Shah y Sandesh Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 96-118.
- MUÑOZ, FERNANDO, 2015: «La Ley Zamudio en acción: sentencias de primera instancia sobre acción antidiscriminación emitidas entre diciembre de 2012 y marzo de 2015», en *Anuario de Derecho Público UDP 2015*. Santiago: UDP, pp. 172-191.
- MURPHY, LIAM, 1999: «Institutions and the Demands of Justice», en *Philosophy and Public Affairs*, Nº 27, pp. 251-291.
- NICKEL, JAMES, 1987: *Making sense of human rights: Philosophical reflections on the universal declaration of human rights*. California University Press.
- _____. (1993): «How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide», en *Human Rights Quarterly*, Nº15, pp. 77-86.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2010: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago: Librotecnia.

- POGGE, THOMAS, 2008: *World Poverty and Human Rights*. Cambridge: Polity Press.
- RAWLS, JOHN, 1971: *Theory of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ, JAVIER, 2011: «Deberes de protección, “aun frente a terceros”, en la dogmática alemana», en *Revista de Derecho Privado*, N° 20, pp. 301-346.
- SCHEFFLER, SAMUEL, 2012: *Equality and Tradition: Questions of Value in Moral and Political Theory*. New York: Oxford University Press.
- SEPULVEDA, MAGDALENA, 2014: *The rights-based approach to social protection in Latin America. From rethoric to practice*. Santiago: United Nations Publication.
- SHUE, HENRY, 1980: *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- WALDRON, JEREMY, 1999: *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press.
- _____. (2010): «Socioeconomic Rights and Theories of Justice», en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 245, [Fecha de consulta: 3 de Julio de 2015]. Disponible en: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/245>.
- _____. (2012): «How law protects dignity?», en *Cambridge Law Journal*, N° 71, pp. 200-222.
- WHITES, ROBIN, y Clara Ovey, 2010: *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- YOSHINO, KENYI, 2002: «Covering», en *Yale Law Journal*, N° 111, pp. 769-939.
- WEBBER, GRÉGOIRE, 2012: *The Negotiable Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WINKELMAN, INGO, 2010: «Responsibility to Protect», en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, [Fecha de consulta: 26 de Julio de 2015]. Disponible en: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1464?prd=EPIL>>.

Capítulo XII: Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales

Felipe Paredes*

1. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales: aspectos conceptuales

Una de las características más relevantes del constitucionalismo de nuestros días es la existencia de constituciones garantizadas, de forma tal, que la noción de garantía es crucial para entender la praxis jurídica de la constitución. En términos generales, podemos entender por garantía, toda norma que dota de eficacia a un derecho fundamental y asegura el restablecimiento del imperio del derecho ante su vulneración. El papel del concepto de garantía en la construcción del Estado Constitucional de Derecho es tan importante que Cruz Villalón ha manifestado que: «hoy no hay derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder legislativo»¹. Ahora bien, esto justifica que la tipología de las garantías de los derechos fundamentales sea cada vez más compleja, por lo que se suele encontrar en la literatura una serie de distinciones y precisiones. En este capítulo abordaremos solo una de estas categorías específicas: la garantía jurisdiccional.

La idea de garantía jurisdiccional hace referencia a la protección que se proporciona a los derechos fundamentales a través del ejercicio de la jurisdicción, es decir, la tutela otorgada por un funcionario del Estado con carácter imparcial, por medio del proceso, y que asegura la vigencia de los derechos frente a su vulneración. Sin duda, para entender cabalmente esta idea es necesario detenerse un momento en la misma idea de jurisdicción y en la forma cómo ha sido entendida en

* Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile.

1 Cruz Villalón (1989), pp. 39-40.

nuestro país. Al respecto, el concepto de jurisdicción se ha construido entre nosotros al alero del artículo 76 de la Constitución. De este modo, se suele afirmar generalmente que la jurisdicción supone la exclusión del ejercicio de la violencia privada en la resolución de los conflictos entre sujetos de derecho, dejando en manos de un funcionario estatal la decisión que resuelve el asunto de forma definitiva, es decir, con efectos de cosa juzgada. Dichos funcionarios del Estado, por antonomasia, reciben el nombre de tribunales de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, en el estado actual de evolución de la doctrina nacional, es insoslayable a la hora de formular el concepto de jurisdicción, considerar también el artículo 19 N° 3, inciso 6° de la Constitución. En efecto, esto significa que la actividad jurisdiccional no puede ser llevada a cabo por el órgano competente de cualquier manera, sino que necesariamente debe cumplir con ciertos parámetros. Al respecto, la citada disposición establece dos requisitos ineludibles: primero, que: «[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado» y, segundo, que dicho procedimiento debe ser «racional y justo». En síntesis, el concepto de jurisdicción en el derecho chileno está compuesto por elementos formales y materiales, los primeros se extraen del artículo 76 de la Constitución, los segundos del artículo 19 N° 3, inciso 6° del mismo texto normativo, y equivalen a las exigencias que emanan del debido proceso.

No obstante su gran relevancia, la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales no es sino una pieza en el esquema de garantías del Estado Constitucional de Derecho. A su lado conviven toda una serie de mecanismos que tienen que ver con la tutela de la legalidad ordinaria. Desde este punto de vista, las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales son concebidas, normalmente, como mecanismos privilegiados de tutela. Por este motivo, dado que muchos de ellos suponen un ejercicio de formas excepcionales de jurisdicción, este tipo de procedimientos debería siempre ser usado en subsidio de los procedimientos ordinarios, sede natural de la protección de los derechos fundamentales en cualquier sistema jurídico medianamente complejo. Veremos más adelante que en nuestro país, lamentablemente, no siempre se ha cumplido con esta premisa².

En cuanto a la taxonomía de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales existen diversos criterios de clasificación, aunque desde

2 Para una elaboración detallada del argumento, véase Paredes (2014).

luego el más utilizado es aquél que distingue entre garantías subjetivas y garantías objetivas. En términos generales, las primeras dicen relación con concebir a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, es decir, son todos aquellos mecanismos que tienen por finalidad reparar la vulneración concreta de un derecho. En definitiva, lo que se busca es la protección de derechos e individuos concretos frente a actuaciones de los poderes públicos restableciendo el derecho vulnerado. A *contrario sensu*, las segundas no son sino la consecuencia lógica que se deriva de la síntesis de dos ideas: la primera, la especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el texto constitucional, y la segunda, la existencia de constituciones dotadas de supremacía y valor normativo directo que irradian sus contenidos a todas las ramas del derecho. En otras palabras, las garantías objetivas equivalen a los mecanismos de control de constitucionalidad que existen con el objeto de dotar de efectividad a todo el texto de la constitución.

Adicionalmente, la literatura da cuenta de otros criterios de clasificación más específicos. Así, por ejemplo, los procedimientos pueden clasificarse según el tribunal competente, lo que permite hacer la diferenciación entre la protección proporcionada por el juez ordinario y la garantía de los derechos ante la jurisdicción constitucional. Asimismo, puede distinguirse, según el ámbito de aplicación de los diferentes mecanismos, entre procedimientos generales y especiales. Los primeros son aquellos que son idóneos para tutelar todos los derechos fundamentales existentes en un ordenamiento jurídico; en cambio los segundos están circunscritos a ámbitos más específicos: o protegen sólo algunos derechos, o están restringidos a formas concretas de vulneración o están limitados *ratione materiae*. Por último, otro criterio que resulta sumamente útil en el caso chileno, es la distinción entre procedimientos formales y desformalizados. Esta última tipología se explica a causa de que los derechos fundamentales son considerados bienes jurídicos de primer orden, por lo que es muy frecuente que los ordenamientos jurídicos contemplen procesos jurisdiccionales que buscan que el acceso al tribunal se produzca de la manera más expedita posible, y que el tiempo de respuesta del órgano jurisdiccional sea el adecuado. Todo esto se consigue simplificando la estructura procesal y estableciendo fórmulas procesales de cognición limitada. Ahora bien, esta decisión no es gratuita, pues normalmente conlleva un sacrificio desde la óptica de la seguridad jurídica, dado que, si se opta por esta vía para conseguir más eficacia, se debe dotar al juez de mayores atribuciones discrecionales.

Las coordenadas que hemos trazado en esta sección serán de utilidad para el comentario y crítica de los procedimientos destinados a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el derecho chileno. Lo haremos sobre la base del siguiente esquema: distinguiremos entre los procedimientos creados en el texto original de la constitución, los desarrollados posteriormente en leyes especiales, y los creados en virtud de la reforma constitucional de 2005. Nuestra tesis es que, en cada uno de estos períodos, hay una idea diferente de jurisdicción que permite un fortalecimiento del Estado Constitucional de derecho, proceso que entre nosotros aún parece no haber concluido.

2. La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Constitución de 1980

La Constitución Política de 1980 supuso un verdadero cambio en la forma cómo se abordó la tutela de los derechos constitucionales. Sin duda alguna, la forma más visible de este giro copernicano fue la introducción en nuestro derecho del recurso de protección. Sin embargo, esto no fue sino la manifestación más evidente de una idea bien definida acerca de cómo garantizar los derechos constitucionales, que se fue formando paulatinamente entre los juristas que apoyaron y asesoraron a la dictadura, desde incluso la época del gobierno del presidente Allende. Es evidente que dicha concepción ha tenido sus pros y sus contras desde el punto de vista técnico, pero hoy en día es innegable que sus efectos han permeado todos los rincones del ordenamiento jurídico. En lo que sigue, analizaremos con algo de detalle los tres procedimientos que han tenido una mayor influencia en este sentido.

2.1. El recurso de amparo

El recurso de amparo es una figura que ha estado presente en nuestro derecho constitucional desde los primeros tiempos. Asimismo, es quizás el primer y más clásico mecanismo de defensa de las libertades que se crea en el constitucionalismo comparado. En términos generales, lo que en el derecho chileno se ha denominado recurso de amparo, coincide con la figura a la que en derecho comparado se le da el nombre de *habeas corpus*, es decir, aquel procedimiento especial que tiene por objeto la tutela de la libertad personal, entendida como libertad ambulatoria, en virtud de la intervención de un juez, quien tendrá la misión de controlar que la detención de la que es objeto una persona se realice conforme a las condiciones que, al efecto, establece el ordenamiento jurídico.

En la Constitución esta institución se encuentra regulada en los dos primeros incisos del artículo 21, el primero de los cuales señala que «todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de formalidades legales podrá solicitar la intervención de la Corte de Apelaciones respectiva, la que decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente».

El recurso de amparo se caracteriza por poseer un procedimiento sencillo, de fácil tramitación, sumarísimo y desprovisto de formalidades. Su único objetivo es el de controlar que la privación de la libertad de una persona se lleve a cabo conforme a derecho. Dicha privación de libertad puede originarse en vías de hecho, adoptadas por otra persona o por una autoridad administrativa, o puede decretarse como medida cautelar en el marco de un procedimiento jurisdiccional. En este último caso, el recurso de amparo no busca incidir en el pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Los elementos que configuran esencialmente esta acción están consagrados en el ya mencionado artículo 21 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, las reglas procesales se encuentran establecidas en un auto acordado de la Corte Suprema de 1932. En ambas regulaciones las formalidades se reducen a las mínimamente indispensables, favoreciendo el acceso a la garantía jurisdiccional y la efectividad en la respuesta por parte del tribunal. Así las cosas, las normas sobre legitimación activa y pasiva permiten que el recurso de amparo pueda ser interpuesto contra toda persona, ya sea de naturaleza pública o privada, y en cualquier tiempo, mientras dure la detención. Por otra parte, tampoco existen formalidades de comparecencia ante el tribunal, pues no se requiere representación convencional para interponer la acción a nombre de otra persona.

En términos generales, las normas que regulan el procedimiento se vertebran sobre la base del principio inquisitivo. Así por ejemplo, es el mismo tribunal quien debe señalar cuál es el plazo para informar el recurso, pudiendo incluso resolver el asunto prescindiendo de dicho informe. Igualmente, el término para la dictación de la sentencia definitiva, es con seguridad, el más breve de todo el ordenamiento jurídico, pues una vez en estado de fallarse, se dispone que el recurso se agregue extraordinariamente a la tabla del mismo día y se resuelva con preferencia a cualquier otro asunto.

Según el artículo 21, inciso 1º de la Constitución, el tribunal competente será la Corte de Apelaciones respectiva. Esto ha sido criticado por

la doctrina, pues resulta contradictorio con la configuración de un mecanismo de tutela urgente, no solo porque las condiciones de acceso a las cortes de apelaciones no son las mismas en cada uno de los diecisiete territorios jurisdiccionales que existen en el país, sino además porque se establece a la Corte Suprema como tribunal de segunda instancia. Autores como Bordalí atribuyen esto a una decisión política, que se explica por la intención de la dictadura de centralizar la resolución de asuntos de importancia en los Tribunales Superiores de Justicia, los que eran abiertamente proclives al régimen³.

Decíamos anteriormente que la Constitución había sido tremendamente innovadora en materia de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, y el caso del recurso de amparo no fue la excepción. Al respecto, la Constitución de 1980 introduce dos importantes modificaciones a la forma cómo se había regulado clásicamente el recurso de amparo: crea la figura del amparo preventivo, y además, extiende su tutela a toda otra vulneración del derecho a la libertad personal y seguridad individual. Ambas innovaciones se encuentran contenidas en el inciso final del artículo 21. En relación a lo primero, se sigue la misma lógica que luego veremos a propósito del recurso de protección, pues la procedencia de la acción se extiende también a las amenazas, es decir, a todo acto que suponga un peligro grave e inminente de vulneración de un derecho. Esto permite hablar de la existencia de un recurso de amparo preventivo. Sobre lo segundo corresponde quizás extenderse un poco más.

Está claro que la acción consagrada en los dos primeros incisos del artículo 21 Constitución responde a la lógica del *habeas corpus*. Del mismo modo, también es pacífico que en el inciso final se hace referencia a una acción que tiene un objeto distinto: «[e]l mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual». Así las cosas, no está del todo claro cuál es el alcance de la citada disposición, pues resulta difícil deslindar esta hipótesis de algunas que tradicionalmente se han entendido cubiertas por el recurso de protección. A la fecha, es posible observar algunas tendencias jurisprudenciales que muestran en qué medida se ha ido ampliando el recurso de amparo en nuestro derecho, a partir del inciso final del artículo 21 de la Constitución. En un interesante comentario de jurisprudencia, la profesora Miriam

3 Bordalí (2006), pp. 206-228.

Henríquez, muestra que el recurso de amparo ha crecido sobre la base de la citada disposición, y lo ha hecho fundamentalmente en tres materias: extranjeros expulsados del país⁴, personas privadas de libertad que resultan afectadas por traslados o revocación de beneficios penitenciarios⁵, y finalmente, personas afectadas en su libertad personal en el marco de procedimientos civiles⁶⁷. De cualquier forma, esta expansión del recurso de amparo y del derecho a la libertad personal no está exenta de problemas, pues resulta difícil trazar, muchas veces, la frontera con el recurso de protección, por ejemplo, cuando el derecho alegado es la integridad física. Por ello, resulta interesante no perder de vista la evolución de esta jurisprudencia de cara al futuro.

2.1.1. EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Otra de las garantías expresamente consagradas en el texto constitucional es el recurso de protección. A pesar de que hay un sector de la doctrina que plantea que se trata de un mecanismo enraizado en nuestra tradición constitucional, la verdad es que la hipótesis más sensata, y desde luego más documentada, es aquella que entiende que representa una de las mayores innovaciones de la Constitución de 1980⁸. *Grosso modo*, el recurso de protección es la garantía jurisdiccional que posee el mayor nivel de generalidad en el derecho chileno para la tutela de los derechos fundamentales⁹. A la extensa enumeración del artículo 20 de la Constitución, hay que añadir que por vía jurisprudencial dicho catálogo se ha extendido considerablemente, a través de la interpretación amplia de ciertas cláusulas del artículo 19 de la Constitución, como

4 Por ejemplo, véase Corte Suprema, Rol N° 9081-2014.

5 Por ejemplo, véase, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1.830-2013, confirmada por la Corte Suprema.

6 Por ejemplo, en Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 17-2014, (confirmada por Corte Suprema, Rol N° 9072-2014), se falló: «que el otorgamiento de la Fuerza Pública, dictada por el Juez Árbitro, lo fue fuera de los casos expresamente previstos por la ley para ello, al recaer en una gestión civil de notificación de una resolución, que aun cuando no procede dejarla sin efecto por esta vía, sin embargo afectó la libertad personal del amparado» (cons. 3°).

7 Para una interesante sistematización de parte de esta jurisprudencia, véase: Henríquez (2013), pp. 421-437.

8 Ferrada (2003), pp. 67-81.

9 Para un análisis del impacto del recurso de protección y su relación con el efecto horizontal de los derechos fundamentales, véase Capítulo V, sección 3.2.

por ejemplo, la garantía de la propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales contenida en el artículo 19 N° 24, la garantía de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales del artículo 19 N° 3, inciso 6°, o la prohibición de no discriminación que deriva del artículo 19 N° 2 de la Constitución.

El recurso de protección fue concebido, desde sus inicios, como la extensión del *habeas corpus* a otros derechos fundamentales distintos de la libertad personal. Por lo mismo, al igual que su pariente cercano, se trata de un procedimiento sumario, preferente, desformalizado, cautelar y carente de la estructura contradictoria propia de un proceso jurisdiccional. Se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución. En el inciso primero se contempla la hipótesis general, y en el segundo, hay un supuesto específico relativo al derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Además de la citada disposición constitucional, es necesario mencionar que su procedimiento se encuentra regulado en el auto acordado de la Corte Suprema sobre fallo y tramitación del recurso de protección. Sin embargo, existen una serie de aspectos en el funcionamiento de esta acción que no se encuentran reglamentados en los textos y que emanan exclusivamente de la praxis jurisdiccional de las cortes.

A. Requisitos de interposición. Son básicamente dos:

- i. Acción u omisión que amenace, prive o perturbe el ejercicio de uno de los derechos enumerados en el artículo 20.
- ii. Que dicha acción u omisión sea ilegal o arbitraria.

Tanto la literatura especializada, como la jurisprudencia, se han referido latamente al tema de los requisitos de interposición. En primer lugar, se ha debatido si el catálogo del artículo 20 es o no taxativo, discusión que ha arrojado como resultado que varios derechos fundamentales hayan sido interpretados de forma amplísima, con tal de resultar beneficiados con la tutela del recurso de protección. Así por ejemplo, la garantía de la propiedad ha sido extendida considerablemente¹⁰ con el objeto de dar cabida a la tutela de derechos personales¹¹, y lo propio

10 Sobre lo que la doctrina ha denominado «propietarización de los derechos», véase Capítulo XIII, sección 4.2.

11 Sólo a título ejemplar, en esta nota comentaremos un par de hipótesis frecuentemente acogidas por la Corte. En primer lugar, se ha resuelto que existe vulneración del derecho de propiedad en el alza injustificada de los planes de salud de las ISAPRES (Por todos, véase Corte de Apelaciones de

ha sucedido con la cláusula del inciso 6° del artículo 19 N° 3, la que se ha utilizado masivamente para impugnar sanciones disciplinarias, ya sea en el ámbito público, como también en el contexto de las disposiciones estatutarias que reglamentan la actividad de personas jurídicas de derecho privado¹².

Por otra parte, tampoco ha sido pacífica la interpretación de los términos «ilegal» y «arbitraria» del artículo 20 de la Constitución. En el primer caso, han sido dos las posturas en disputa: o la expresión se debe interpretar en el sentido técnico estricto del término¹³, o bien debe

.....

Santiago, Rol N° 2614-2007). En segundo lugar, en materia educacional se ha fallado que hay vulneración a la propiedad que emana de los contratos de prestación de servicios educacionales, cuando un acto ilegal o arbitrario por parte del establecimiento, termina en una medida disciplinaria en perjuicio del estudiante (Por todos, véase Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 210-2006). Si bien existen distintas versiones de la tesis de la propietarización de los derechos, la que parece haberse asentado se basa en el siguiente razonamiento. La Constitución protege a la propiedad en «todas sus especies y sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales». Según el Código Civil, las cosas incorporeales consisten en meros derechos (art. 565 inc. 2° CC), y a su vez, el artículo 576 del Código Civil dispone que, «las cosas incorporeales son derechos reales o personales». De este modo, la interpretación de la expresión «bienes incorporeales» del artículo 19 N° 24, inc. 1° de la Constitución, se ha entendido como la protección constitucional de estos derechos reales y personales. Ahora bien, en el caso de los primeros, que son aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto a una determinada persona, éstos son finitos y se limitan a las facultades que se puede ejercer sobre una cosa, por lo que la figura no genera mayores problemas. Otra cosa muy distinta es la tutela constitucional de los derechos personales. En efecto, como señala el artículo 577 del Código Civil, estos son «los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas», lo que equivale a decir que los derechos personales son ilimitados, pudiendo crearse tantos, como fecunda sea la imaginación del legislador o las partes, lo que se traduce en una extensión casi hasta el infinito de la garantía constitucional de la propiedad, la que va mucho más allá de las situaciones subjetivas que la teoría de los derechos fundamentales estaría dispuesta a reconocer como merecedoras de tutela privilegiada.

- 12 La expresión que ha estado, en este caso, en el centro de la polémica es «nadie puede ser juzgado por comisiones especiales». El problema se origina debido a que esta es la única de las garantías procesales que se encuentra cautelada por el recurso de protección, por lo que para dar cabida a la idea de debido proceso se ha debido interpretar extensivamente dicha cláusula. Véanse al respecto: Matte (2009), pp. 165-184 y Lübbert (2011), pp. 87-107.
- 13 En SCS R. 969-2006, de 16 de mayo de 2006, se señaló en el considerando 2° que: «[...] constituye requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto ilegal esto es, contrario a la ley, según la acepción o definición contenida en el artículo 1° del Código Civil».

ser leída como sinónima de una vulneración al ordenamiento jurídico en general¹⁴, incluyendo otras fuentes, como por ejemplo las normas reglamentarias. Esta última ha sido la tesis que en la actualidad se puede considerar mayoritaria. Sin perjuicio de lo anterior, se ha negado que la ilegalidad equivalga a la mera vulneración de la Constitución¹⁵. En relación a la interpretación de la arbitrariedad, las cortes han sido consistentes en afirmar sistemáticamente que arbitrario significa contrario a la razón¹⁶. Lamentablemente, estas sentencias no han sido capaces de diseñar o implementar de forma clara un test de racionalidad. En los pocos casos en que las cortes se han aventurado a explicar qué significa que una medida sea contraria a la razón, el test de proporcionalidad ha sido la herramienta utilizada, aunque la doctrina ha criticado muchas veces la falta de prolijidad de las cortes en su empleo¹⁷.

B. Procedimiento. En cuanto a los aspectos netamente procesales, al igual que en el recurso de amparo, el tribunal competente es la Corte de Apelaciones respectiva, es decir, la del territorio jurisdiccional donde ha tenido lugar la afectación del derecho fundamental. La acción se interpone por escrito, sin mayores formalidades, e incluso en la práctica, se ha aceptado que se deduzca oralmente, levantando acta de lo obrado por el Secretario del Tribunal.

Las reglas sobre legitimación también están establecidas de forma laxa. En relación al sujeto activo, se han considerado que las expresiones «el que» y «podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre» son casi

14 En SCA de Santiago, R. 158-90 P, de 31 de mayo de 1990, a propósito se este requisito se señaló, en el considerando 9° de la sentencia: «El Presidente de la República, haciendo uso de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 8° de la Constitución Política del Estado, dictó el Decreto N° 43 de 1990, con el fin precisamente de cumplir, o poner en ejecución, los acuerdos de la Convención Internacional de Washington de 12 de octubre de 1940, declarando Monumento Nacional a la especie vegetal denominada Araucaria Araucana, basándose para esta decisión en los requerimientos de protección ecológica y de preservación del patrimonio cultural que diversos sectores de la actividad nacional le formularon, y teniendo en cuenta, además, que las normas constitucionales actualmente en vigor hacen posible que la ley imponga limitaciones al dominio, derivadas de la función social de este derecho». Sentencia publicada en: En RDJ LXXXVII (1990), núm. 2, Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1990.

15 Véase por todos: Corte Suprema, Rol N° 1643-2003, en especial, véase el cons. 7°.

16 Véase por todos: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1475-2005.

17 Sólo a título ejemplar, Faúndes y Díaz (2014), pp. 137-186.

equivalentes a la inexistencia de reglas en esta materia, permitiéndose que la acción sea interpuesta incluso contra la voluntad del titular del derecho. Al respecto, el caso paradigmático está dado por los recursos de protección en materia de huelgas de hambre. Probablemente, el único límite que ha señalado la jurisprudencia se encuentra en el hecho de que, en ningún caso, podría entenderse que existe acción popular para interponer un recurso de protección.

En cuanto a la estructura del procedimiento, se ha discutido si la naturaleza del recurso de protección es cautelar o declarativa. Evidentemente, en su configuración se utiliza una fórmula que se aleja bastante de los cánones que impone la noción de debido proceso. Esto salta a la vista de la sola lectura del auto acordado. Sólo a título ejemplar: no existe un plazo predefinido para contestar el recurso sino que éste es el que la corte respectiva prudencialmente establezca; el recurrido no se considera parte en el juicio, salvo que expresamente lo solicite; y finalmente, no se encuentra regulada la producción de la prueba, pudiendo el tribunal determinar discrecionalmente lo que se debe probar y qué medios de prueba serán aceptados. De este modo, la esencia del procedimiento se resume en el artículo 5° del auto acordado, el que dispone: «Para mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el Tribunal estime necesarias». Esto ha llevado a que, en lo que parece la tesis más sensata, parte importante de la doctrina y la jurisprudencia sostengan que el recurso de protección es un procedimiento unilateral de naturaleza cautelar, que no depende de un juicio de lato conocimiento anterior o ulterior. Refuerza esta conclusión, como veremos más adelante, el hecho de que la sentencia definitiva del recurso de protección, produzca únicamente efectos de cosa juzgada formal.

Mención aparte merece el trámite de la admisibilidad, otra manifestación de la informalidad del recurso de protección. Al respecto, señala el auto acordado que la corte controlará en dicha sede que el recurso sea interpuesto dentro del plazo de 30 días corridos desde que ocurrieron los hechos o desde que tomó conocimiento de ellos, y en segundo lugar, verificará que en el escrito se señalen hechos que puedan constituir vulneración de alguna de las garantías mencionadas en el artículo 20. Sin perjuicio de que ha habido alguna discusión en materia de plazo, el grueso del debate se ha producido a propósito de las exigencias de fundamentación. Como se puede ver, el auto acordado no exige que se califiquen jurídicamente los hechos, requisito general de toda demanda en el ordenamiento jurídico nacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 254 N° 4 del Código de Procedimiento Civil. Desde luego, esta

solución está pensada para flexibilizar las condiciones de acceso, pero en la práctica, ha generado muchísimas dificultades. Según Gastón Gómez, es en materia de admisibilidad donde se encuentran muchos de los problemas de fundamentación de las sentencias, pues no es raro que las cortes entren a resolver sobre el fondo so pretexto de pronunciarse acerca de la admisibilidad¹⁸.

En relación a la sentencia definitiva, esta es susceptible de ser apelada ante la Corte Suprema en el término fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación por el Estado Diario de la sentencia que decide el recurso. Otro asunto relevante respecto a la sentencia son los particulares efectos que esta produce. Sobre esto, es pacífico en la doctrina que a partir de la expresión «sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes», la sentencia definitiva en sede de protección produciría únicamente efectos de cosa juzgada formal, esto significa que el asunto no podría ser discutido nuevamente a través de otro recurso de protección, pero sí en un procedimiento de lato conocimiento. Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que la controversia no suele volverse a plantear ante los jueces de instancia¹⁹.

C. Recurso de protección en materia medioambiental. En el inciso 2º del artículo 20, se contempla un supuesto especial de recurso de protección para tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación del artículo 19 N° 8 de la Constitución. Si bien, dicho supuesto ha sido modificado durante la reforma constitucional del año 2005, siempre su redacción ha revelado requisitos de interposición más estrictos que la hipótesis general.

En efecto, actualmente los requisitos de interposición contemplados en el inciso 2º del artículo 20 de la Constitución son:

- i. Que el derecho contemplado en el artículo 19 N° 8 sea afectado, lo que da a entender que en este caso no procedería la interposición de un recurso de protección ante la amenaza de conculcación del referido derecho.
- ii. Que la afectación provenga de un acto u omisión ilegal, es decir, se excluye la mera arbitrariedad como hipótesis de fundamentación del ilícito constitucional.

¹⁸ Gómez (2005), pp. 86 y siguientes.

¹⁹ Paredes (2014), pp. 143 y siguientes, y Paillás (1997), p. 117.

- iii. Que el acto u omisión ilegal sea imputable a una persona o autoridad determinada.

Al respecto, es necesario realizar dos precisiones. La primera es que resulta obvio que la norma comentada realiza una especie de ponderación entre la tutela del medioambiente y otros intereses de naturaleza económica, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad, dando prevalencia a estos últimos. Esto ha sido un motivo frecuente de críticas por parte de sectores interesados en la conservación del patrimonio ambiental. En este sentido, en los últimos años la jurisprudencia ya había reducido el recurso de protección en materia ambiental a un mecanismo para revisar únicamente la correcta substanciación de los procedimientos que conllevan a autorizaciones en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, blindando a la resolución de impacto ambiental de una revisión en sus aspectos substantivos vía recurso de protección²⁰. La segunda cuestión que incide en este ámbito es la aprobación de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, pues a partir de su publicación los tribunales han restringido aún más la aplicación del recurso de protección sobre la base del argumento de que la impugnación de la resolución de impacto ambiental solo puede realizarse por los mecanismos que establece la mencionada ley²¹.

20 Aunque en realidad la historia es algo más compleja, pues esta parte de una postura de absoluta deferencia hacia la Administración del Estado en el control de la resolución de calificación ambiental. En este sentido, es especialmente recordada la sentencia de la Corte Suprema en el denominado «caso Celco» (Corte Suprema, Rol N° 1853-2005), en la que se puede leer en el cons. 10°, que es «del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo». Esta tesis fue variando posteriormente hasta llegar a los casos «Campiche» (Corte Suprema, Rol N° 1219-2009) y «Castilla» (Corte Suprema, Rol N° 7167-2010), donde se afirma que a través del recurso de protección se puede realizar un control de estándares de procedimiento administrativo respecto de dicha resolución, dando origen a lo que se denominó la «doctrina de los actos trámite». Al respecto, véase Cordero (2010), pp. 359-375.

21 En el llamado caso «Costa Laguna» (Corte Suprema, Rol N° 2892-2014), se señala en el cons. 7°: «si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no

D. Valoración general. A modo de síntesis, el recurso de protección verdaderamente ha cambiado la forma de impartir justicia en este país, por dos razones: su amplia utilización, empleándose en gran medida como sucedáneo de los procedimientos ordinarios; en segundo lugar, por su carácter extraordinariamente expansivo en cuando a los derechos tutelados. Esto por cierto tiene su lado positivo, que se expresa en una jurisdicción protectora de derechos fundamentales más cercana al ciudadano de a pie, pero, desde luego, también posee una arista bastante poco alentadora. Relacionado con esto último, es necesario mencionar su falta de idoneidad para servir de mecanismo general de tutela de derechos fundamentales. En los ya muchos años de praxis este mecanismo ha sido incapaz de generar una dogmática de los derechos fundamentales consolidada, y muy por el contrario, por regla general, la jurisprudencia que han generado las cortes de apelaciones y la Corte Suprema conociendo por esta vía ha resultado tremendamente casuística y muchas veces confusa. Todo ello justifica una revisión profunda de este instituto.

2.2. El recurso de amparo económico

El último de los procedimientos que revisaremos en esta sección es el recurso de amparo económico. Sobre el particular, una aclaración debe ser hecha: a pesar de que esta acción se encuentra consagrada y regulada en la Ley 18.971 que regula el recurso de amparo económico, existen razones que justifican su asimilación a los recursos de amparo y protección. En primer lugar, se trata de una acción creada durante la dictadura, y en este sentido, concurren las mismas razones y circunstancias de la especie que explican la aparición del recurso de protección. Por otra parte, se trata de un procedimiento que responde al mismo diseño que los anteriormente señalados. En efecto, el artículo único de la mencionada ley señala expresamente que la acción se ejercerá «sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo».

restringiéndose únicamente a aquellos casos en que éstas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad –oportunidad en que evidentemente es procedente la acción de protección– no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado».

El objeto de la acción es la garantía del derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución. En términos de su regulación procesal, sin perjuicio de que se aplican con carácter subsidiario las normas que regulan el recurso de amparo, en el texto de la Ley 18.971 se consagran algunas particularidades. En primer lugar, en cuanto a la legitimación activa, se establece que se trata de una acción popular, es decir, cualquier persona puede denunciar los hechos constitutivos de este ilícito constitucional, sin que sea necesario que el actor demuestre un interés actual en los hechos denunciados. En segundo lugar, el plazo para la interposición de la acción es de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción. En tercer lugar, el tribunal competente es la corte de apelaciones respectiva, aplicándose la misma regla que en los casos anteriores. Por último, la sentencia definitiva debe ser objeto de consulta por la Corte Suprema.

Existe discusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, acerca del objeto de esta acción. La duda se suscita porque el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución ya se encuentra tutelado por el recurso de protección, y por lo mismo, se trataría de dos procedimientos que aparentemente cumplen la misma función. Desde esta perspectiva, el recurso de amparo económico parece una reiteración inútil del recurso de protección, con la diferencia de que cuenta con un plazo más extenso para interponer la demanda y una regla más amplia en materia de legitimación activa. Una respuesta razonable a esta cuestión, es pensar que no resulta lógico que el legislador haya establecido dos mecanismos de tutela privilegiada para garantizar el mismo derecho fundamental, incluso de forma idéntica²². Por lo tanto, si es ello es correcto, la única respuesta posible que cabría es concebir al recurso de amparo económico como un mecanismo objetivo, destinado a tutelar únicamente el inciso 2º del artículo 19 N° 21 de la Constitución, y por tanto, para el caso del inciso 1º nada más se podría interponer el recurso de protección. Sin embargo, también existe doctrina y jurisprudencia que conciben al amparo económico como un mecanismo subjetivo de tutela de derechos, y por tanto, la acción sería procedente respecto de ambos incisos del artículo 19 N° 21 de la Constitución²³.

²² Bordalí (2002), p. 223.

²³ Véase por todos: Nogueira (2010), pp. 415-442.

2.3. El modelo de tutela jurisdiccional de la Constitución de 1980

De las consideraciones antes expuestas, es posible concluir que el modelo de tutela jurisdiccional que se desprende de la Constitución de 1980 está estrechamente relacionado con la concepción sobre los derechos fundamentales que suscribe el constituyente autoritario de 1980. Al respecto, existe una correspondencia entre los intereses que ésta estima de mayor importancia y el nivel de garantía de que gozan algunos derechos. Esto explica por qué, con el afán de atrincherar determinadas opciones políticas del constituyente, se recurre a instrumentos poco ortodoxos para la tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, esto también explica por qué existen derechos excesivamente tutelados, a diferencia de otros que carecen completamente de garantías jurisdiccionales.

De este modo, las mismas condiciones del proceso constituyente autoritario determinan la manera de organizar el ejercicio de la actividad jurisdiccional protectora de derechos. Así las cosas, el resultado que produce el modelo de la Constitución chilena es justamente la antítesis de la idea de sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales propio del Estado Constitucional de Derecho. Por el contrario, se podría más bien concluir que las acciones que se crean a partir del mismo texto de la Constitución presentan como principales características: altos niveles de desformalización, el establecimiento de ámbitos de fuerte discrecionalidad en favor del sentenciador, problemas de regulación procesal y elitismo judicial.

3. La tutela de los derechos fundamentales durante la transición a la democracia

Con el advenimiento de la democracia, una de las principales preocupaciones del legislador democrático han sido los derechos fundamentales. En virtud de sendas reformas legales, se han producido importantes avances en la materia. Esto la verdad no tiene nada de novedoso, pues normalmente en situaciones de transición a la democracia desde regímenes autoritarios, es el legislador, en tanto representante de la soberanía popular, el principal actor llamado a consolidar las instituciones propias del Estado Constitucional de Derecho. En efecto, el legislador democrático ha contribuido, primero tímidamente, y luego con mayor énfasis, a incrementar y especificar las normas sobre derechos fundamentales. A estas alturas son numerosas las leyes que han ayudado a dar contenido a los derechos reconocidos en el texto constitucional, pero hay otras que han permitido perfeccionar sus garantías.

Desde luego, un examen pormenorizado de todas estas reformas excede con creces las dimensiones de este trabajo. Sólo comentaremos a título muy general las que consideramos de mayor relevancia: la Ley 19.628, que desarrolla el derecho a la vida privada del artículo 19 N° 4 de la Constitución; a continuación, haremos lo propio con las dos grandes reformas procesales del último tiempo en materia criminal y laboral, para finalmente comentar las instituciones de la Ley 20.609, que establece medidas en contra de la discriminación. Sin perjuicio de lo anterior, es menester destacar que, por razones de espacio, dejamos fuera de este análisis otros casos que bien vale la pena mencionar, como por ejemplo: el procedimiento en materia tributaria y aduanera de tutela de derechos fundamentales; Ley 20.285, sobre acceso a la información pública; Ley 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor o la Ley 20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, etc.

3.1. La acción de *habeas data*

En primer lugar, la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada, además de disposiciones substantivas que regulan el tratamiento de datos personales, establece un procedimiento para dar tutela a los derechos que consagra. De este modo, esta acción denominada también *habeas data*, está destinada a que el interesado pueda conocer qué información relativa a su persona es almacenada por terceros en un banco de datos y solicitar su modificación o eliminación. En efecto, según el artículo 12 de la mencionada ley, «cualquier persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente». Igualmente, podrá solicitar que se modifiquen o rectifiquen en caso de que éstos sean erróneos o incompletos, o que se eliminen en caso de que éstos estén caducos o su almacenamiento carezca de fundamento legal. En términos generales se trata de un procedimiento que se tramita a través de reglas muy similares al procedimiento sumario, regulado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aunque se establece un supuesto específico, para el caso en que los datos afecten a la seguridad de la nación o al interés nacional, del que conocerá en única instancia la Corte Suprema²⁴.

24 Hay que tener presente que la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, establece normas sobre acceso a la información que obra en poder de los organismos públicos, reglamentando también un procedimiento para

3.2. La tutela de los derechos fundamentales en el marco del proceso penal

Sin duda el hito más importante en la búsqueda de un ideal garantista en el país ha sido la reforma procesal penal de inicios del siglo XXI. No es exagerado indicar que el Código Procesal Penal representa un notable esfuerzo por una administración de justicia respetuosa por el ciudadano, y en este sentido, constituye un gran triunfo de los derechos fundamentales en el país. Sin duda, el sólo hecho de reemplazar un sistema de enjuiciamiento criminal de naturaleza inquisitivo, escrito, donde el juez investiga, acusa y resuelve, por otro oral, acusatorio y esencialmente garantista, significa un paso gigantesco con miras a la consecución de este objetivo. En efecto, el nuevo Código Procesal Penal, desde principio a fin, se erige como una eficaz herramienta de protección de los derechos en general, y en particular del derecho a la libertad personal y los derechos fundamentales de contenido procesal en el contexto del proceso penal.

De este modo, el Código Procesal Penal contempla las siguientes garantías:

A. Creación de una magistratura especializada para la protección de los derechos fundamentales de los imputados. El artículo 70 del Código Procesal Penal, al referirse a las competencias del Juez de Garantía, señala que éste «se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución».

B. Derechos de los imputados. Los artículos 93 y 94 del Código Procesal Penal (derechos de los imputados y derechos de los imputados privados de libertad, respectivamente) establecen una larga lista de derechos que vienen a desarrollar el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política. Entre éstos podemos destacar, solo a título ejemplar: el derecho a que al imputado se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos contenidos

hacer efectivo el principio establecido en el artículo 8° de la Constitución. Ahora bien, sin perjuicio de que en la citada disposición constitucional no se consagra directamente un derecho fundamental (o al menos no es claro), es plausible que, en la decisión de declarar o no secreto o reservado algún antecedente, se afecten derechos fundamentales de los interesados.

en la imputación y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (art. 93 letra a) o el derecho a que éste sea conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c).

C. Cautela de garantías. Dispone el artículo 1º del Código Procesal Penal que «en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estime que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio». Al respecto, cabe destacar la invocación directa que hace la disposición citada al derecho internacional de los derechos humanos, la primera de este tipo en Chile luego de la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, agrega el mencionado artículo que, si las medidas adoptadas por el Juez de Garantía no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el mismo juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, deberá resolver la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

D. Regulación de la prisión preventiva. A diferencia del sistema de enjuiciamiento criminal anterior, donde la regla general era que el juez decretara la prisión preventiva para asegurar el resultado de la investigación, el nuevo código confiere a dicha medida un carácter marcadamente excepcional. En efecto, el artículo 139 del Código Procesal Penal parte del reconocimiento de que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, para luego agregar que, «la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad».

E. Nulidades procesales. La protección de los derechos fundamentales informa al nuevo proceso penal en su totalidad, incluso al momento de regular cuestiones de mero trámite. Por ejemplo, en el caso de las nulidades procesales, la regla general establecida por el artículo 159 del Código Procesal Penal señala que: «sólo podrán anularse las

actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad». Luego agrega la señalada norma, que éste se produce «cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento». Sin embargo, según el artículo 160 del Código Procesal Penal, si la infracción de aquellas formas procesales vulnera derechos fundamentales se presumirá de derecho la existencia del perjuicio, y por lo tanto, la actuación procesal de que se trate adolecerá, *in nuce*, de un vicio de nulidad.

F. Recurso de nulidad. Por último, el sistema de garantías en materia procesal penal contempla como norma de clausura el recurso de nulidad. Este se configura como un mecanismo extraordinario y subsidiario de tutela de los derechos vulnerados dentro del proceso, que permite reparar dicha vulneración, cuando ésta no ha encontrado remedio a través de los mecanismos ordinarios. Al respecto, Cortez lo define como: «un medio de impugnación de carácter extraordinario cuya finalidad es la invalidación del juicio oral y la sentencia o solamente esta última, cuando dicha sentencia hubiera incidido en un procedimiento viciado o cuando en su pronunciación hubiere existido infracción sustancial de derechos o garantías o una errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo de la misma»²⁵.

Como se puede ver, en el proceso penal el recurso de nulidad posee una doble función. Por una parte opera como recurso de casación en materia penal (errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo del fallo), y por otra, constituye una garantía jurisdiccional extraordinaria de los derechos fundamentales que puedan verse afectados en el proceso. La demostración más palpable de esta vocación de protección de los derechos que muestra el Código Procesal Penal, se encuentra en el artículo 373 letra a) que dispone como motivo de nulidad: «Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes». Incluso habría que agregar que, adicionalmente a esta causal, se contempla, en el artículo 374 del Código Procesal Penal, una serie de otras causales denominadas «motivos absolutos de nulidad», que, en

25 Cortez (2006), pp. 35-36.

términos generales, recogen distintos aspectos del debido proceso en materia procesal penal, siendo de esta manera un claro desarrollo del artículo 19 N° 3 de la Constitución.

3.3. La tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral

El procedimiento conocido como *tutela de derechos fundamentales* en materia laboral, se crea a partir de la reforma laboral de 2008-2009. Dicha reforma fue concebida como una modificación integral del régimen laboral chileno, y en ella, el paquete de medidas se encontraba distribuido en tres proyectos de ley que buscaban introducir mejoras en igual número de aspectos claves: la creación de una magistratura especializada, mejoras en el ámbito previsional y una reforma a gran escala del procedimiento laboral. Así las cosas, los tres proyectos consiguieron ser aprobados en el Congreso, y finalmente se convirtieron en las leyes números 20.022, 20.023 y 20.087, respectivamente.

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de los trabajadores que se puedan ver afectados con ocasión de la celebración de un contrato de trabajo o durante la prestación de los respectivos servicios²⁶. Se trata de un procedimiento especial y lo es en tres sentidos distintos: en primer lugar es un procedimiento especial *ratione materiae*, pues solo tiene vigencia en el marco de un contrato de trabajo²⁷; en segundo lugar, lo es en función de los derechos que protege, pues no todos los derechos fundamentales que se puedan vulnerar en el marco de una relación laboral son susceptibles de ser amparados por esa

²⁶ Sobre la relación de esta acción y lo que se denomina «efecto horizontal de los derechos fundamentales» véase Capítulo V, sección 3.2.

²⁷ Con este argumento se ha rechazado su aplicación al régimen jurídico de los funcionarios públicos. Véase: Corte Suprema, Rol N° 1972-2011. Sin embargo, más recientemente la misma jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido variando su criterio. En Corte Suprema, Rol N° 10972-2013, los ministros Ricardo Blanco, Gloria Ana Chevesich, Carlos Aránguiz, Andrea Muñoz y el abogado Guillermo Piedrabuena sostuvieron exactamente lo contrario de sus predecesores: el procedimiento de tutela sí es aplicable a los funcionarios públicos. La razón radica, en esencia, en que el Estatuto Administrativo no contempla procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores (la reclamación administrativa ante la Contraloría se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo) y tampoco se advierte ningún problema en relación a que las normas protectoras de derechos fundamentales puedan ser incompatibles con el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios.

vía²⁸; y en tercer lugar, lo es porque solo es procedente frente a formas específicas de vulneración²⁹.

En relación a los derechos amparados, se establece un sistema de *numerus clausus*. En consecuencia, estos solamente son: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (art. 19 N° 1 inc. 1° CPR), el derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4 CPR), la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5 CPR), la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19 N° 6 CPR), libertad de opinión e información (art. 19 N° 12 CPR), la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección (art. 19 N° 16 inc. 1° y 4° CPR).

Además, la señalada acción se hace extensiva para conocer de las conductas a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, que básicamente consisten en determinadas formas de discriminación, y por ende, infracciones al derecho fundamental a la igualdad del artículo 19 N° 2 de la Constitución, como por ejemplo: las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

28 El artículo 485 del Código del Trabajo establece que : «El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto».

29 El inciso 3° del citado artículo dispone que: «Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales».

Además no se debe olvidar que con este procedimiento también se tutelan los atentados en contra de la libertad sindical, en virtud de lo dispuesto por el artículo 292 del Código del Trabajo.

Se trata claramente de un procedimiento declarativo y de lato conocimiento. En efecto, el artículo 495 N° 1 señala que la sentencia debe contener: «La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada». De esta manera, el modelo propuesto por la Ley 20.087, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, se aparta claramente del prototipo de procedimiento jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales que tenía en mente el constituyente de 1980, basado en la idea de la tutela de urgencia, pero por sobre todo caracterizado por abandonar casi por completo la noción de procedimiento declarativo y decantarse por procedimientos de naturaleza cautelar.

Otro asunto de extraordinaria importancia es dilucidar la manera cómo este procedimiento protege los derechos fundamentales, es decir, contra qué vulneraciones procede y cuáles son las medidas de reparación que permite. Al respecto, señala el artículo 485 del Código del Trabajo, que «los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial». A su vez, en la última parte del artículo agrega: «En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales». Esta sin duda es una cuestión compleja, que se dificulta aún más por la redacción poco feliz de la norma. Aparentemente el precepto, al describir la conducta interdicta, mezcla de manera poco prolija varios conceptos que en la teoría de los derechos fundamentales cumplen funciones diversas. Si bien es cierto que la ausencia de justificación o la arbitrariedad están relacionadas con el principio de proporcionalidad, la referencia a la cláusula del contenido esencial queda bastante desencajada en este contexto. Al respecto, no hay constancia en actas durante la tramitación parlamentaria, que arrojen luces respecto de qué quiso decir el legislador en este punto.

Podría pensarse que, a raíz de la denominación que utiliza el Código del Trabajo, el ejercicio de esta acción da lugar a un procedimiento especial. No obstante, el artículo 491 del mencionado cuerpo legal señala que: «Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3º», es decir

por el procedimiento ordinario en materia laboral. Por lo mismo, más que un procedimiento especial, se trata de un procedimiento ordinario con reglas especiales. De todas formas, la única diferencia respecto del procedimiento ordinario es la preferencia. Establece el artículo 488 del Código del Trabajo que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, goza de «preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal y con igual preferencia se resolverán los recursos que se interpongan». No obstante, esto no significa que sea un procedimiento que solamente proceda en casos de urgencia. Desde este punto de vista, la preferencia parece estar justificada solamente en la especial entidad del bien jurídico protegido. Tampoco se debe confundir esta característica con la sumariidad, la que como tal no forma parte de los principios formativos de este procedimiento, pues la tramitación es idéntica a la del procedimiento laboral ordinario, aunque modificado por algunas reglas especiales, como por ejemplo, las relativas a la prueba.

A grandes rasgos, el procedimiento de la acción de tutela de derechos fundamentales en sede laboral, se tramita de acuerdo con las siguientes reglas:

A. El plazo para interponer la acción es de 60 días desde el despido. Al respecto, se siguen las mismas normas que con el resto de acciones en materia laboral. En efecto, este plazo se suspende si existe reclamación administrativa previa, en cuyo caso el plazo máximo para su interposición no puede exceder de 90 días.

B. El procedimiento es oral y consta de una audiencia preparatoria y una audiencia de juicio. En la primera se lleva a cabo la fase de discusión, se realiza el llamado a conciliación, se recibe la causa a prueba y las partes ofrecen la prueba que rendirán en la audiencia de juicio. Esta última está destinada a recibir las pruebas, cuya pertinencia se determinó en la audiencia preparatoria³⁰.

C. El juez tiene amplias potestades para decretar medidas cautelares. Al respecto, señala el artículo 492 del Código del Trabajo que el juez «de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles».

30 Walter y Lanata (2008), pp. 170 y 174.

D. Con respecto a la prueba, el artículo 493 del Código del Trabajo establece el principio de la prueba indiciaria, como regla especial de *onus probandi*. Señala esta disposición que: «Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

E. En relación a la sentencia, entre los requisitos que según el artículo 495 del Código del Trabajo ésta debe contener se encuentran: la declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada (Nº 1); y la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor para obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales (Nº 3).

3.4. La acción de no discriminación arbitraria

La última incorporación al elenco de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales se produjo en virtud de la Ley 20.609. Al respecto, gran parte de su texto está destinado a regular la denominada *acción de no discriminación arbitraria* (Título II, arts. 3 al 14), que, en términos generales, también se trata de una especie de procedimiento sumario con algunas reglas especiales. En lo que sigue daremos cuenta de sus aspectos procesales más relevantes.

A. Requisitos y plazo para su interposición. La acción se interpondrá por escrito ante el juez de letras del domicilio del actor o del denunciado, a elección del primero. Nada dice la ley si es que esta acción requiere patrocinio de abogado, por lo que entonces se deberían aplicar aquí las reglas generales establecidas por la Ley 18.120 que establece normas sobre comparecencia en juicio. Además, señala la ley que en casos urgentes, puede interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente. El plazo para deducir la acción es de 90 días corridos, contados desde que sucedieron los hechos o desde que se obtiene conocimiento cierto de la discriminación denunciada, plazo que en ningún caso podrá superar un año de la acción u omisión objeto del reclamo.

B. Legitimación activa. Es sujeto activo de esta acción quien sea directamente afectado por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, ya sea personalmente o representando, o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del

afectado. También podrá interponerse sin necesidad de representación convencional o legal, por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla.

C. Medidas cautelares. En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado. Al respecto, el artículo 7° establece las exigencias clásicas de toda medida cautelar, señalando que el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de buen derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior.

D. Causales de inadmisibilidad. Dispone el artículo 6° que no se admitirá la acción a tramitación en los siguientes casos:

a) Cuando se haya ejercido previamente acción de protección, amparo, amparo económico y tutela de derechos fundamentales en materia laboral. Para que quede configurada la causal en estos casos, basta con que la acción haya sido acogida a tramitación, no importando que el asunto no haya terminado por sentencia definitiva.

b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes, lo que es de toda lógica en un sistema de control de constitucionalidad concentrado como el chileno.

c) Cuando se objeten sentencias judiciales, lo que sí resulta más discutible, pero al menos es coherente con la jurisprudencia existente al respecto en materia de recurso de protección.

d) Cuando el requerimiento carezca de fundamento plausible, lo que deberá ser justificado por el juez.

e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

E. Procedimiento. La tramitación es similar a la del procedimiento sumario de los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aunque con algunas particularidades. Una vez declarado admisible el requerimiento, la ley establece que el tribunal requerirá un informe al denunciado, el que deberá evacuarse en el término de 10 días hábiles contados desde su notificación, plazo que transcurrido habilita la prosecución del juicio con la fijación de una audiencia de conciliación,

y que para el caso de que no existan hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, servirá también como citación a las partes a oír sentencia. Dicha audiencia se fijará para el quinto día hábil a contar desde la última notificación, y en ella de no producirse la conciliación, se determinarán los hechos pertinentes sustanciales y controvertidos y se recibirá la causa a prueba. Esta sentencia será susceptible dentro de tercer día de los recursos de reposición y apelación en subsidio, la que se concederá en el solo efecto devolutivo.

Dentro de los tres primeros días del término probatorio, las partes deberán señalar al tribunal los medios de prueba que pretenden utilizar, y si desean valerse de prueba testimonial. En dicho plazo también deberán presentar lista de testigos. Cumplido con este trámite, el tribunal fijará una audiencia de recepción de las pruebas entre el quinto y el decimoquinto día hábil contados desde dicha resolución. Eventualmente, puede existir una segunda audiencia de recepción de prueba si es que la primera no fuera suficiente, o las partes hicieran uso de su derecho a suspenderla.

A diferencia de las normas del Código de Procedimiento Civil, el artículo 10 de la Ley 20.609 establece un sistema de prueba libre, es decir serán admitidos cualquier medio de prueba con el solo límite de su obtención lícita, no existiendo peritos ni testigos inhábiles. La valoración de la prueba se hará de acuerdo a las normas de la sana crítica.

F. Citación para oír sentencia y medidas para mejor resolver. Una vez producida la prueba, se citará a las partes a oír sentencia. El tribunal fallará dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que la causa hubiera quedado en estado de sentencia. Dentro de este período, el tribunal se encuentra habilitado para disponer medidas para mejor resolver hasta la dictación de la sentencia,

G. Sentencia. La sentencia posee una naturaleza eminentemente declarativa, en este sentido, el artículo 12 señala que ésta deberá declarar si existió o no discriminación arbitraria, y en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. De existir la discriminación arbitraria, se aplicará además una multa a beneficio fiscal entre 5 y 50 UTM. Asimismo, de establecerse que la acción carece de todo fundamento, se aplicará al denunciante una multa de entre 2 a 20 UTM.

H. Recursos. La sentencia podrá ser apelada dentro del plazo de 5 días hábiles, contados desde su notificación, ante la Corte de Apelaciones respectiva. Dicho recurso se verá en cuenta, agregándose extraordinariamente a la tabla y debiendo oírse alegatos si las partes los ofrecieren hasta el día previo a la vista de la causa.

I. Regla supletoria. En lo no previsto por la ley, rigen supletoriamente las normas comunes a todo procedimiento y del juicio ordinario contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

4. La tutela de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional

Decíamos antes, que las garantías objetivas equivalen a los mecanismos de control de constitucionalidad, que existen con el objeto de dotar de efectividad a todo el texto de la Constitución. A pesar de que estas no están pensadas específicamente para la tutela de los derechos fundamentales, resulta pacífico que, en la práctica, gran parte de las cuestiones relativas a la tutela de derechos fundamentales se plantean por esta vía. Esto sucede en cualquier ordenamiento jurídico donde existan mecanismos de control de constitucionalidad, y en este sentido, en tanto mayores sean las alternativas disponibles, mayores serán las posibilidades de que por esta vía se proporcione tutela a los derechos fundamentales.

A partir de la reforma constitucional de 2005, se incorpora una serie de modificaciones a las atribuciones del Tribunal Constitucional, que suponen una transformación radical en materia de justicia constitucional:

- Se amplía el ámbito del control preventivo obligatorio, al incorporar, antes de su ratificación, los tratados internacionales que versen sobre materias de ley orgánica constitucional (art. 93 N° 1 CPR).
- Se establece un control de constitucionalidad con carácter *a posteriori* de los autos acordados de la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 N° 2 CPR).
- Se transfiere desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional el conocimiento y fallo del recurso de inaplicabilidad (art. 93 N° 6 CPR).

- Se establece un mecanismo de control de constitucionalidad, respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable a un caso concreto por el mismo tribunal. En este caso con efectos generales, pero sin alcance retroactivo (art. 93 N° 7 CPR).
- Se refunden las tres atribuciones existentes para el control de constitucionalidad de la potestad reglamentaria (en el antiguo art. 82 CPR), en una sola establecida en el actual artículo 93 N° 16 de la Constitución: «cuando el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional»³¹.

De todo este conjunto de atribuciones, el mayor protagonismo ha recaído en la acción de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Constitución. Luego de la reforma de 2005, al Tribunal Constitucional se le dota de atribuciones de control de constitucionalidad de las leyes con carácter *a posteriori* en los numerales 6 y 7 del artículo 93 de la Constitución, los que consagran las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, respectivamente. En efecto, dispone el señalado artículo 93 N° 6 que, corresponde al Tribunal Constitucional: «Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución». A su vez, el numeral siguiente establece que también corresponde a dicho tribunal: «Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior».

Agrega a continuación el mismo artículo 93 de la Constitución, que en el caso de la inaplicabilidad, «la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto» y para que sea declarada admisible cualquiera de las salas del tribunal deberá verificar la presencia de tres requisitos: (i) La existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial; (ii) Que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto; (iii) Que la presentación esté razonablemente fundada.

Por otra parte, en el caso de la declaración de inconstitucionalidad, como ya hemos señalado, se requiere que el precepto legal impugnado haya sido previamente objeto de una declaración de inaplicabilidad.

 31 Para un análisis de la jurisprudencia en relación al ejercicio de esta potestad, véase Capítulo VII, sección 3,2.

Además de lo anterior, resulta importante saber que existe acción popular para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio.

En suma, la característica más notoria del sistema chileno de justicia constitucional, es que se trata de un modelo que opera en dos fases. En primer lugar, lo que está en discusión es si la norma de carácter legal es aplicable al juicio o gestión a causa de que en dicho caso resulta contrario a la Constitución. En segundo lugar, y una vez declarado inaplicable dicho precepto legal, se debe pedir en un juicio distinto que el Tribunal Constitucional declare con efectos generales la inconstitucionalidad.

Con estos antecedentes sobre la mesa, es necesario reflexionar sobre cuál debería ser el papel del Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos fundamentales, aun cuando, en el sistema chileno no existe un mecanismo subjetivo ante dicho órgano (por ejemplo, el recurso de amparo en su versión española o mexicana). A nuestro juicio, dicho papel recae en que el Tribunal Constitucional funcione como principal productor de insumos para el sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales. Ello supone que el elenco de garantías jurisdiccionales actúe como un sistema, que debe estar en condiciones de proporcionar respuestas razonables y estables a la hora de desarrollar y aplicar el capítulo tercero de la Constitución. Esto implica dos cosas: la necesidad de construir vasos comunicantes entre todos los procedimientos de tutela de los derechos, y a la vez, establecer un criterio de ordenación entre ellos. Esta idea ha sido defendida en Chile, entre otros, por Aldunate, quien señala que «lo determinante para la vigencia fáctica de los derechos es el resultado de un conjunto de arreglos institucionales y de ciertas condiciones culturales»³².

Por esta razón, en un régimen de control de constitucionalidad concentrado como el nuestro, quien debería arrojar luces acerca del contenido, delimitación, criterios de resolución de conflictos y limitaciones es justamente el Tribunal Constitucional. Todo ello parece aún una tarea pendiente en el derecho chileno. Afortunadamente, pareciera que el camino se encuentra pavimentado para seguir construyendo las bases de un Estado de Derecho vigoroso, esencialmente respetuoso de los derechos fundamentales.

32 Aldunate (2008), p. 355.

Bibliografía citada

- ALDUNATE, EDUARDO, 2008: *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- BORDALÍ, ANDRÉS, 2002: *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Santiago: Editorial Fallos del Mes.
- _____. (2006): «El recurso de protección: entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol.19, N° 2, pp. 206-228.
- CORDERO, LUIS, 2010: «Corte Suprema y medio ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?», en *Anuario de Derecho Público*, Ediciones UDP, pp. 359-375.
- CORTEZ, GONZALO, 2006: *El recurso de nulidad*. Santiago: Legal Publishing.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO, 1989: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 25, pp. 35-62.
- FAÚNDES, JUAN y IVÁN DÍAZ, 2014: «Examen de proporcionalidad de la huelga de hambre de personas privadas de libertad y de su alimentación forzosa a la luz de la jurisprudencia», en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 2, pp. 137-186.
- FERRADA, J.C., et al. 2003: «El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 14, pp. 67-81.
- GÓMEZ, GASTÓN, 2005: *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones UDP.
- HENRÍQUEZ, MIRIAM, 2013: «Hacia una ampliación del Hábeas Corpus por la Corte Suprema», en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 2, pp. 421-437.
- LÜBBERT, VALERIA, 2011: «El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia», en *Revista de estudios de la Justicia*, N° 15, pp. 87-107
- MATTE, ARTURO, 2009: «Recurso de protección y garantía constitucional del debido proceso en los procedimientos seguidos por los establecimientos educacionales en la adopción de medidas disciplinarias. Análisis de jurisprudencia», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N° 1, pp. 165-184.
- NOGUEIRA, HUMBERTO, 2010: «Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema sobre el recurso de amparo económico», en *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 2, pp. 415-442.
- PAILLÁS, ENRIQUE, 1997: *El Recurso de protección ante el Derecho comparado*, 2da Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PAREDES, FELIPE, 2014: *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters.
- WALTER, TEODORO y RUTH LANATA, 2008: *Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno*, 4ª edición. Santiago: Legal Publishing.

Capítulo XIII: La interpretación de los derechos fundamentales

Jaime Bassa*

1. Interpretación jurídica e interpretación constitucional¹

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional contemporánea, especialmente la europea, ha desarrollado una serie de criterios de interpretación que complementan los relativos a la interpretación de la ley. Estos métodos o criterios asumen las particularidades que presentan las constituciones, por lo que constituyen un avance respecto de los métodos tradicionales, especialmente porque parten de una premisa no cognoscitivista: en el marco de una sociedad diversa y compleja, el objetivo de la interpretación constitucional no debiera ser desentrañar el único significado posible correcto del enunciado normativo. Por el contrario, es necesario incorporar los elementos diferenciadores de la norma constitucional, abriéndose a la posibilidad de construir un significado para la solución del caso concreto.

Así, existen dos visiones contrapuestas acerca de la interpretación constitucional: el originalismo, que tiende a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente, y el evolucionismo, que interpreta la norma conforme a la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de su aplicación. Mientras la primera pretende desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales, recurriendo a la intención original de quienes redactaron el texto primario, la segunda entiende que la realidad política y social permite explicar el carácter evolutivo del consenso político que dio origen a la Constitución. Así, la realidad material del presente se opone a la posibilidad de recurrir al origen para determinar el verdadero sentido y alcance de la Constitución.

* Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.

1 Parte de este capítulo ha sido desarrollado previamente en Bassa (2011a).

Interpretar en forma extensiva el contenido material de la Constitución, reconociendo su apertura al proceso deliberativo para adecuarla a las nuevas realidades a las que rige, significa legitimar su aplicación ante la propia sociedad y actualizar su contenido normativo, sin petrificar las opciones políticas del momento constituyente ni cerrar el espacio a la deliberación de sus contenidos.

Esta situación se presenta con particular intensidad en las normas constitucionales de principio, que mayor influencia reciben de la evolución política de la sociedad. La apertura e indeterminación de sus contenidos las hace depender de una interpretación que, en definitiva, se encuentra condicionada por las condiciones materiales que configuran el contexto histórico en el cual esta se verifica.

1.1. Consideraciones generales sobre la interpretación jurídica

Los clásicos criterios de interpretación jurídica fueron generalmente plasmados en los códigos civiles; han sido uno de los testigos privilegiados del cambio de paradigma que ha experimentado el derecho en las últimas décadas. Propios de un contexto histórico monopolizado por el Estado de Derecho liberal-burgués del siglo XIX (en el cual la ley era la máxima expresión del derecho, generada en un parlamento socialmente homogéneo, donde los conflictos jurídicos no llegaban a tener relevancia constitucional), pretenden un nivel de certeza en la interpretación de las normas incompatible con la positivación constitucional de contenidos materiales abiertos e indeterminados.

Los elementos configuradores de la Constitución contemporánea son incompatibles con esta definición epistemológica. La presencia de normas de principio supone la construcción de un significado del enunciado normativo, complementando estos criterios –más propios de la interpretación de normas con estructura de regla, siguiendo la clasificación de Alexy– con aquellos que incorporan la compleja estructura de las normas constitucionales. Es en este tipo de normas donde se manifiesta la tensión entre la pretensión de permanencia de toda Constitución y el carácter evolutivo de los destinatarios de la misma, que obliga a considerar el contexto histórico (social, político y cultural) en el que ha de aplicarse ésta². En consecuencia, salvo la minoritaria situación de disposiciones claras, la labor interpretativa

2 Díaz Revorio (2004), p. 248.

implica una creación de derecho, a partir del enunciado normativo y considerando las especificidades del caso concreto.

La Constitución contemporánea asume como dato la pluralidad propia de la democracia, por lo que el carácter abierto e indeterminado de sus enunciados, lejano a los valores de antaño, a la vez que garantiza el pluralismo, puede generar un espacio de ambigüedad en el proceso de decisiones constitucionales. Sin perjuicio que la indeterminación no es un factor negativo en tanto garantiza la pluralidad del proceso democrático, el primer llamado a participar en el proceso de determinación de la Constitución es el legislador, en tanto órgano representativo de la voluntad popular, proporcional y colegiado.

1.2. La dimensión política de la interpretación jurídica³

La interpretación jurídica tiene un componente subjetivo que condiciona sus resultados, afectando valores tales como la certeza jurídica y la previsibilidad de las decisiones judiciales. Se trata de un viejo asunto. En la *Teoría Pura del Derecho* se afirma que «la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior»⁴. Luego de los esfuerzos por establecer criterios objetivos destinados a identificar el derecho, Kelsen acepta que el proceso hermenéutico a través del cual un juez determina el derecho aplicable a un caso concreto, tiene la misma estructura de la deliberación política del proceso legislativo. La indeterminación de este «proceso espiritual» integra el sistema jurídico, evidenciando cuán importante es la dimensión volitiva del intérprete en la concreción del derecho aplicable.

El autor rechaza la objetividad de la interpretación: «la teoría usual de la interpretación [...] plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo»⁵. La solución no depende de la aplicación formal del derecho positivo, ya que no basta con un acto cognitivo para identificarla; es a través del acto hermenéutico que se

3 Parte de este capítulo ha sido desarrollado previamente en Bassa (2011b).

4 Ibid., p. 349.

5 Kelsen (2002), p. 352.

construye una solución para el caso concreto, mediatizada por el sujeto que conoce las fuentes, las transforma desde su propia particularidad y genera una respuesta a partir del más o menos amplio marco que permite el derecho positivo.

Las concepciones cognoscitivistas de la interpretación tienden a la naturalización de los contenidos del derecho, proponiendo que bastaría un proceso cognitivo para identificarlos con precisión. Este modelo permite calificar una interpretación como errónea, en la medida que no sea conforme con las concepciones particulares del sujeto que la valora, sin considerar la alternativa de un proceso dialógico entre distintos argumentos que posibiliten resultados diversos. En el paradigma tradicional criticado por Kelsen, una decisión que se construye argumentativamente a partir de ciertos materiales jurídicos y por un sujeto que se define a partir de su particularidad, es extraída del plano político/argumental y es llevado al binomio correcto/incorrecto. Así, se oculta la subjetividad característica de todo acto de interpretación.

La dimensión política de la interpretación jurídica no se puede desconocer: «la pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es –según los supuestos previos– ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político [...] Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta»⁶. La despolitización de los criterios para reconocer el derecho positivo no supone la despolitización de su interpretación. Se trata de un acto subjetivo, donde el sujeto que conoce las fuentes las transforma a partir de su propia individualidad, y es desde ésta que luego las interpreta⁷. Es un acto ideológico, donde cada sujeto persigue fines determinados, aunque no sea consciente de ello⁸.

El estudio de la subjetividad del intérprete ha vuelto a ocupar un lugar central en la solución de los conflictos normados por el derecho, luego de haber sido acallada por décadas debido a la desconfianza revolucionaria frente a la judicatura, al auge del formalismo jurídico y a la dimensión expansiva del positivismo jurídico más radical. Hace algún tiempo que viene recobrando su importancia, a partir de

6 Ibid., p. 353.

7 Maturana (2007).

8 Kennedy (2010), p. 54 y siguientes.

escuelas ligadas al realismo jurídico, que han cuestionado la asepsia política del derecho. Como era de esperar, el péndulo se ha pasado de largo: el llamado neoconstitucionalismo ha abierto la puerta de la discrecionalidad judicial al vincular a los jueces directamente con un texto indeterminado que positiva valores y principios, sin entregar pautas claras de argumentación. Ello ha significado que ciertos intérpretes se amparen en aquellos «valores» para interpretar, por ejemplo, los derechos fundamentales a partir de los suyos propios. Es la radicalización de la subjetividad, sin límites y sin parámetros.

Ocultar la relevancia de la subjetividad del intérprete constitucional en la construcción de sus decisiones y argumentaciones no dota de objetividad al proceso; por el contrario, amenaza la garantía de igualdad ante la ley. Un texto normativo, construido sobre la indeterminación de su contenido, es coherente con el pluralismo constitutivo de la sociedad contemporánea en la medida que garantiza la libertad política suficiente para la autoconfiguración del ordenamiento jurídico por dicha comunidad⁹. Sin embargo, existe un riesgo evidente para dicha comunidad cuando entre la indeterminación del texto constitucional y el juez que adjudicará derechos sólo media su propio criterio.

1.3. Las particularidades de la interpretación constitucional

Para entender cómo se aplica la Constitución, es necesario revisar las particularidades de su interpretación, entre las que es posible destacar:

- a. la Constitución se erige como marco para la actividad política de la comunidad, regulando las relaciones del ciudadano con el Estado¹⁰;
- b. contiene mandatos de actuación positiva¹¹ y mandatos de optimización de principios¹²: ambos pueden ser desarrollados más allá de lo previsto por los redactores originales del texto constitucional a partir de la práctica y la interpretación, por lo que su contenido material no se agota en la declaración normativa;

9 Hesse (2011).

10 Sobre los sujetos de la relación jurídica iusfundamental, véase los capítulos IV y V.

11 Díaz Revorio (2004), p. 239.

12 Alexy (2002), pp. 81-87. Sobre la explicación de los alcances de este concepto, véase los capítulos VI y VIII.

- c. en tanto resultado de la manifestación del principio del autogobierno del pueblo, tiene un contenido político importante, lo que lleva a la interpretación constitucional a resolver problemas de relevancia política;
- d. finalmente, la Constitución positiva una serie de valores y principios generales que requieren un desarrollo posterior que se realiza tanto por la legislación como por la interpretación.

El surgimiento de la Constitución contemporánea ha significado un cambio en el paradigma jurídico que representaba la ley en el Estado legislativo¹³, reordenando el sistema de fuentes e incorporando contenido material en sus disposiciones normativas. En definitiva, el propio derecho positivo, expresión inequívoca del principio del autogobierno del pueblo, ha recogido los principios que informan las reglas de convivencia que la comunidad se da a sí misma. En atención a ello, la Constitución se erige como el marco jurídico de techo ideológico abierto: establece las reglas básicas del estatuto del poder y de los derechos fundamentales, de tal manera que junto con reconocer «la titularidad de la soberanía en el pueblo, admita direcciones de políticas públicas con un sentido liberal o social, en función de las mayorías de cada tiempo histórico»¹⁴. Así, en virtud de la vigencia normativa del principio democrático y de la constatación del pluralismo de la sociedad contemporánea, la Constitución se construye a partir de declaraciones normativas abiertas e indeterminadas, que deberán ser concretadas o determinadas por los intérpretes considerando una serie de factores: las particularidades jurídicas y fácticas de cada caso, el contexto histórico y cultural de aplicación de la norma (y no el de su generación) y, en especial, la necesidad de respetar la coexistencia de diversos principios y opciones políticas en el seno de una sociedad plural y compleja que, toda ella y no sólo la mayoría, le presta legitimidad democrática a la Constitución.

En consecuencia, la interpretación constitucional debe asumir la complejidad que significa determinar el sentido y alcance de una norma que está llamada, por definición, a tener un contenido abierto que recoja el pluralismo existente en la comunidad. Así, esta determinación en el sentido de la norma constitucional significa un ejercicio complejo que desborda las competencias del intérprete de la

 13 Zagrebelsky (2003), pp. 21 y siguientes.

14 Zúñiga (2003), pp. 27-28.

ley, ya que su labor se relativiza frente a la complejidad de quien sustenta la legitimidad de una Constitución. Especialmente compleja resulta, en consecuencia, la determinación del sentido de las normas abiertas, ya que su interpretación no puede petrificar el contenido atribuido originalmente, dado el carácter evolutivo del pueblo en tanto poder constituyente. La voluntad manifestada en el momento constituyente no es extrapolable al momento de la aplicación de la norma, históricamente distinto, así como tampoco puede ser atribuida a la voluntad del pueblo que en otro momento histórico dota de legitimidad a la Constitución, producto de la «separación de la vida constitucional actual respecto a la época constituyente»¹⁵.

En este entendido, la cita que Alexy recoge del Tribunal Constitucional Federal alemán es muy ilustrativa: «la interpretación, singularmente la del Derecho constitucional, presenta el carácter de un discurso en el que no se ofrece, ni siquiera con una labor metodológicamente impecable, nada absolutamente correcto bajo declaraciones técnicas incuestionables, sino razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar la balanza [BverfGE 82, 30 (38 s.)]»¹⁶.

2. Concepto y función de la interpretación de los derechos

2.1. ¿Cabe el cognoscitivism en la interpretación jurídica?»¹⁷

La cuestión acerca de si la objetividad es posible en el conocimiento jurídico y cómo se manifiesta, desborda las pretensiones del presente trabajo. Por ello, el punto de partida es la diferencia que existe entre el enunciado normativo y la norma, entendiendo por tal el significado que se le atribuye a aquel a través de la interpretación.

En efecto, existe una diferencia entre el enunciado normativo y la norma propiamente tal, es decir, entre el tenor literal de una disposición y la norma que es posible extraer de ella. La aplicación concreta del enunciado normativo supone una construcción argumentativa a partir de la cual el sujeto formula una interpretación determinada e intenta convencer que se trata de la correcta. En este proceso, el sujeto puede ser parcial o imparcial, es decir, puede mostrar diferentes niveles de

¹⁵ Zagrebelsky (2005), p. 87.

¹⁶ En Alexy (2005), p. 41.

¹⁷ Este apartado forma parte de Bassa (2013).

compromiso con el objeto de estudio y, asimismo, puede ser más o menos consciente de aquello (Kennedy le llama *disonancia cognitiva*¹⁸).

Lo propio puede decirse tanto respecto de la objetividad en las decisiones judiciales como en el trabajo que realiza la doctrina. En cuanto a la primera, puede haber objetividad en el reconocimiento de la decisión en sí misma y de su contenido o estructura argumental, más no en la relación que, en términos de corrección o de verdad, podría existir entre esta y el enunciado normativo a partir del cual se construye. La valoración de las normas aplicadas se encuentra influida por las particularidades del sujeto, toda vez que la pretendida claridad en el proceso de subsunción se difumina en un cada vez más complejo ordenamiento jurídico. Conocida es la vieja propuesta de Dilthey: el intérprete entiende mejor el texto que su autor.

El contenido de la decisión judicial también supone un cuestionamiento a la objetividad de la interpretación, no sólo porque es interpretable en sí mismo, sino porque pudo haber sido diferente sólo alterando algunos factores inherentes al sujeto, o bien, en la valoración que hizo de los materiales disponibles. Su contenido se encuentra más determinado por las características personales del intérprete que por la literalidad del enunciado normativo, del cual no se desprende una respuesta necesaria y correcta. Por el contrario, desde él se proyectan una serie de soluciones posibles, alguna o algunas de las cuales podrán ser adecuadas para determinado caso, así como otra será mejor considerada por el propio sujeto que la aplica. Tras la norma no hay una única respuesta correcta, sino diversos significados que podrán ser adjudicados con mejores o peores argumentos; así, la interpretación jurídica se asemeja más a lo que Guastini llama «interpretación decisión» antes que a la «interpretación conocimiento»¹⁹. Esto es particularmente evidente cuando la interpretación la realiza un órgano colegiado, como lo demuestra la presencia de votos de minoría.

Respecto del contenido de los derechos fundamentales, lo anterior puede predicarse, con la misma o mayor propiedad: comenzando desde un enunciado normativo común, lo que se dice de él obedece a la combinación de una serie de opciones que el sujeto toma frente a su objeto de estudio (metodológicas, epistemológicas, hermenéuticas, políticas) que condicionan el resultado de su labor. Así, considerando la

18 Kennedy (2010), pp. 54 y siguientes.

19 Guastini (1999), pp. 203-204. Sobre el escepticismo ante la interpretación judicial (es decir, de la elección que hace el juez de la interpretación que finalmente aplica), Martí (2002), pp. 263 y siguientes.

importancia de estas opciones en el contenido de su trabajo, es posible afirmar que existe más derecho constitucional en libros y manuales que en la Constitución. En efecto, dado que la indeterminación del derecho es todavía más evidente en la apertura de las normas constitucionales²⁰, la interpretación es clave para la concretización de su contenido normativo que, en ningún caso, es autoevidente²¹.

Esta concretización se realiza una vez que el intérprete ha definido una postura, con mayor o menor conciencia, sobre una serie de materias: opciones metodológicas propias de la disciplina; política contingente; rol del Estado en la sociedad y en la economía; concepciones acerca de la Constitución como norma fundamental, su origen legítimo/ilegítimo, el contenido de ciertas instituciones (como la familia, la igualdad o la propiedad), la justicia (distributiva, formal, material); en fin, acerca de la interpretación constitucional: originalista o evolutiva. Cada una de estas materias obliga a quien enseña a definirse frente a las alternativas que ellas contemplan. La enumeración precedente permite una multiplicidad de combinaciones posibles a partir del texto constitucional y, en consecuencia, según cuáles sean las aproximaciones de quien lo estudie.

Lo anterior genera resultados diferentes, en tanto que argumentativamente es posible leer el texto constitucional vigente de diversas maneras. Ello explica las diversas interpretaciones que derivan, por ejemplo, del artículo 19 N° 1, inciso 2° de la Constitución, ya que no existe consenso sobre si la vida del que está por nacer tiene protección constitucional o solo legal, si se trata de un derecho fundamental o de un interés constitucional, etc. El contenido material de dicho enunciado no es autoevidente. La norma se construye a partir de interpretaciones que, a su turno, contarán con mejores o peores argumentos. El contenido de la norma es su interpretación; ni correcta ni incorrecta, sino mejor o peor argumentada, lo que dependerá de las opciones que tome el intérprete. En definitiva, de una interpretación constitucional sólo podría decirse que se sostiene en mejores argumentos que la contraria.

Otro ejemplo de cuán importante es la dogmática nacional para la construcción del ordenamiento constitucional chileno, se encuentra

20 Sobre la penumbra del tipo iusfundamental, véase el Capítulo II.

21 Esta indeterminación de las normas constitucionales puede tener dos lecturas, una que sospecha de la discrecionalidad de los jueces en la interpretación constitucional, Aldunate (2010), y otra que celebra la garantía de libertad política del legislador en la interpretación constitucional, Hesse (2011), las que no son, necesariamente, excluyentes entre sí.

en el artículo 19 N° 21, inciso 2º de la Constitución, que establece el estatuto del Estado empresario. La disposición sólo establece una distribución de competencias a favor del legislador para determinar las condiciones en que el Estado podrá desarrollar actividades económicas. La doctrina nacional ha sostenido que se trata de una de las manifestaciones constitucionales del orden público económico, construido a partir del derecho de propiedad y del principio de subsidiariedad; ha sido la doctrina quien ha dotado de contenido material al enunciado normativo y lo ha configurado como un estatuto de orden público y de rango constitucional²². Sin embargo, del referido artículo no se desprende ninguno de estos elementos, que tienen (o podrían tener) reconocimiento en otra disposición constitucional²³. Si el constitucionalismo chileno concibe el estatuto del Estado empresario como lo hace, se debe exclusivamente a una dogmática constitucional que lo ha interpretado a partir de ciertos principios (subsidiariedad) en desmedro de otros (solidaridad), en respuesta a sus propias opciones políticas²⁴.

2.2. Interpretación y mutación²⁵

El concepto mutación refiere a los cambios en el ordenamiento constitucional verificados al margen de los procedimientos formales de reforma, que afectan las prácticas constitucionales en forma inconsciente o no intencionada²⁶. Aunque es posible abordar el concepto desde diversas perspectivas más o menos críticas²⁷, la mutación permite comprender uno de los fenómenos que ha experimentado la Constitución chilena en las últimas dos décadas: junto a una serie de reformas, se aprecia un proceso de democratización que va más allá de ellas, que cambia el sentido originalmente atribuido a las normas constitucionales.

22 Fernandois (2006), pp. 72-74.

23 Bassa y Viera (2012).

24 He trabajado este tema previamente en Bassa (2011b).

25 Parte de este capítulo ha sido desarrollado en Bassa y Aste (2015).

26 Cfr. Sánchez (2000). Para Jellinek, este es el principal elemento que caracteriza a la reforma de la mutación constitucional: la intencionalidad y conciencia del cambio producido. Cfr. Jellinek (1991), p. 7.

27 Principalmente Jellinek (2000), pp. 482-484, dado el problema que significaría para la vigencia normativa de la Constitución, su reforma por medio de vías no contempladas expresamente por el ordenamiento jurídico positivo.

A pesar que sólo es jurídicamente vinculante la norma positiva²⁸, el Estado rebasa el entramado de normas positivas que lo constituye. Junto al ordenamiento normativo, existe una compleja red de relaciones materiales de poder político que sitúan al derecho en una permanente tensión relacional junto a lo político. Así, el fenómeno también se entiende a través de la realización cultural tras la tensión dialéctica entre individuo y Estado, la que renueva permanentemente los diversos elementos que lo componen²⁹. Las fuerzas políticas que, desde la sociedad, empujan la permanente transformación de los contenidos constitucionales, alimentan la tensión entre texto y comunidad, proyectándola hacia su interpretación, llamada a concretar su contenido material.

Estas fuerzas políticas tensionan la Constitución desde la diversidad constitutiva de una comunidad compleja y plural que, a la vez, legitima el ordenamiento constitucional. Su indeterminación es el reflejo de dicha diversidad que, a la vez, la garantiza. Esa permanente tensión política sobre el texto representa la evolución que experimentan los criterios de fundamentalidad del pacto político, que modifican el contenido de las normas constitucionales que positivaron dicho pacto³⁰. La práctica propia de la diversidad constitutiva de lo político³¹ actualiza el contenido material de las normas constitucionales de principio, que luego será recogido por la interpretación institucional de la Constitución³².

En esta dimensión, el fenómeno constitucional debe considerar las relaciones materiales de poder, en virtud de las cuales es posible distinguir la Constitución no normada (identificada con la práctica de lo constitucional) y la Constitución normada, compuesta por normas y principios. Los elementos dinámico (práctica) y estático (normatividad) de la Constitución se interrelacionan constantemente, por lo que el estudio de la norma constitucional debe considerar la forma en que el cambio ininterrumpido de la realidad social transforma el sentido del

 28 Hart (2004). En la literatura chilena, Cfr. Squella (2001), p. 333 y siguientes, y Squella (2007).

29 Smend (1985), p. 46.

30 En el mismo sentido, Häberle ha señalado que «comprender la Constitución como cultura puede también aclarar mejor el cambio del sentido de las normas constitucionales sin una modificación en su redacción», Häberle (2002), p. 195.

31 Mouffe (2003).

32 Recordemos que Smend escribe desde un ordenamiento constitucional sin Tribunal Constitucional, que podría eventualmente canalizar los cambios constitucionales a través de la interpretación, integrando la vida en el Estado de cara al cambio de circunstancias; Böckenförde (2000), pp. 184-185 y 194-196.

texto constitucional. Por ello, es posible afirmar que «el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos»³³.

Práctica y normatividad confluyen en aquellos principios positivados pero que carecen de un contenido determinado por cuanto abren el texto de la Constitución, ejerciendo una función transformadora que lo incorpora en los cambios que se producen en la práctica constitucional. Así, la interacción entre ambas dimensiones viene a relativizar la separación entre ser y deber ser, donde la fuerza normalizadora de la sociedad (ser) se incorpora activamente en la normatividad de la Constitución (deber ser), formando un todo en el que ambos factores se complementan recíprocamente. Se trata de la doble dimensión de la Constitución, que incorpora en su seno el resultado de un estadio cultural entendido como acuerdo político, a través de una declaración positiva con vigencia normativa, ya que «el contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra [...] sino además por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y la observan»³⁴.

La constitucionalización de principios no supone petrificar su contenido, el que necesariamente va a evolucionar con la sociedad, ya sea por la forma en que esta lo vive, o por cómo el principio vive en ella. Cuando una comunidad se otorga un ordenamiento fundamental, lo hace desde los principios que reconoce como válidos en determinado momento histórico; pero así como su contexto cultural la condiciona al punto de no poder prescindir de ellos, su contenido se relativiza frente a ese mismo contexto del cual emergen, sin que su reconocimiento normativo signifique la petrificación de su contenido. La protección constitucional de la igualdad ante la ley es un buen ejemplo: este «precepto recibe únicamente su contenido de las concepciones que dominan en la realidad social, y que en la Constitución misma no se formulan o sólo se formulan en muy pequeña parte, sobre lo que debe estimarse igual o desigual»³⁵. Así, la misma declaración normativa del principio ha incorporado progresivamente las reivindicaciones raciales y de género, a la igualdad política, a la igualdad social. El sistema jurídico

33 Mouffe (2003), p. 37.

34 Heller (2004), p. 292.

35 Ibid., p. 294.

ha experimentado cambios significativos mediante la complejización de las normas de principio, por ejemplo, ampliando las categorías sospechosas de discriminación arbitraria sin que sea modificado el enunciado normativo³⁶.

La Constitución se encuentra permanentemente abierta a ser actualizada a través de los cambios que experimenta la comunidad que la dota de legitimidad. Idealmente estos cambios han de reflejarse en reformas formales al texto de la Constitución, pero lo cierto es que los procesos democráticos que se desarrollan en el seno de la sociedad tienen ritmos diferentes, lo que puede generar cambios en el contenido material de las normas positivas sin que sea necesario reformar su texto: «El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permear la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas»³⁷.

3. Los derechos en las escuelas de interpretación constitucional

3.1. La distinción entre reglas y principios de Robert Alexy

La explicación más influyente respecto de la distinción de la estructura de las normas de derechos fundamentales en reglas y principios ha sido desarrollada por Robert Alexy, quien la ha considerado como «uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales»³⁸. Esta distinción se ha vuelto importante para la solución de los diversos problemas interpretativos asociados a los derechos fundamentales, referentes a su aplicación, a la colisión entre derechos, a su posición en el ordenamiento e, incluso, a la normatividad de la propia Constitución.

36 Ibid., p. 295: «mediante la evolución gradual de los principios jurídicos puede suceder que, no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su contenido experimente una completa revolución, aunque queda salvaguardada la continuidad del Derecho ante los miembros de la comunidad jurídica [...] Dado que tradición y revolución suponen sólo oposiciones relativas, se hace posible la permanencia y capacidad de acomodación de la normatividad respecto a la normalidad y puede así concebirse a la constitución total del Estado como “forma acuñada que viviendo se desarrolla”».

37 Sant’Ana (2012), p. 387.

38 Alexy (2002), p. 82.

Existen numerosos criterios de distinción entre estos dos tipos de normas –su mayor o menor generalidad, la determinación de los casos a los que se aplican, el carácter implícito del contenido valorativo, entre otras–, pero la posibilidad de combinar estos factores entre sí los relativiza. El autor propone como criterio correcto de clasificación de las normas su grado o posibilidad de cumplimiento, criterio que entraña una diferencia cualitativa: normas que pueden ser cumplidas en diferente grado –dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas– frente a otras que sólo pueden ser cumplidas o no; de esta manera, toda norma puede ser clasificada como regla o como principio. Mientras los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no³⁹. En tanto mandato de optimización, un principio ordena, a la vez que permite, su mayor o menor cumplimiento, atendiendo a las circunstancias jurídicas y de hecho que determinan su aplicación. En cambio, una regla válida sólo puede cumplirse en los términos que ella misma determina.

Una primera aplicación de la distinción entre reglas y principios se verifica en la forma de solución frente a las colisiones normativas, la que difiere entre ambos tipos. Si dos reglas entran en conflicto entre sí, de manera que su aplicación a un caso concreto conlleva consecuencias contradictorias, la solución pasa por aplicar una cláusula de excepción –de temporalidad, especialidad, jerarquía u otra similar– o por declarar inválida, al menos, una de ellas. En cambio, si dos principios colisionan entre sí al aplicarse en un caso concreto, uno de ellos debe ceder ante el otro, sin que ninguno de los dos deba ser invalidado. Siendo ambos principios abstractamente del mismo rango, ciertas circunstancias determinan que, para un caso concreto, uno de ellos preceda al otro o pese más que el otro; pero bajo circunstancias diferentes, la relación entre los principios en conflicto podría invertirse. A diferencia de los conflictos entre reglas, en ningún caso un principio pierde su validez.

Alexy recurre a la ley de colisión para determinar la aplicación en un caso concreto de un principio en desmedro de otro. Afirma que para el caso concreto se establece una relación de precedencia condicionada –también llamada concreta o relativa– entre los principios en conflicto, la que considera las condiciones o circunstancias bajo las cuales un principio precede a otro; si estas condiciones cambian, la precedencia podría invertirse. En consecuencia, esta relación entre

39 Ibid., pp. 86-89.

principios es siempre relativa a las circunstancias del caso concreto, y nunca absoluta. Como el peso o precedencia de los principios depende de las circunstancias del caso concreto, tanto fácticas como jurídicas, deben ser ponderadas a fin de determinar qué principio se aplica al caso por encima del otro. Así, la ley de colisión refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización sin una relación absoluta de precedencia entre ellos⁴⁰.

Los resultados de esta ponderación pueden ser considerados como una regla bajo la cual es posible subsumir el caso: verificadas las condiciones propias del caso concreto, la precedencia condicionada de los principios deberá mantenerse si, en un nuevo caso, se repiten las mismas condiciones⁴¹. En definitiva, esta relación entre dos principios en tensión en un caso concreto, genera el supuesto de hecho para una regla, en la medida que se mantengan las circunstancias. Se trata, en definitiva, de una precedencia entre principios de carácter general y relativa, ya que «los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico»⁴², lo que es incompatible con el propio concepto de derechos fundamentales.

3.2. Peter Häberle y la sociedad abierta de los intérpretes⁴³

Por su parte, Peter Häberle teoriza en torno a la idea de Constitución abierta y al carácter, consecuentemente abierto, de su interpretación. El autor expande los clásicos métodos hermenéuticos, incorporando a la sociedad en dicho proceso y cuestionando el monopolio estatal a este respecto; entre otros métodos, considera la comparación jurídica como método de interpretación de las normas de derechos fundamentales. Mediante esta técnica, busca incorporar en la interpretación del ordenamiento jurídico los elementos positivados en otras constituciones, permitiendo que estas puedan «comunicarse» entre sí⁴⁴.

De esta manera, propone que el intérprete pueda dar soluciones concretas a determinados problemas de aplicación del ordenamiento

⁴⁰ Ibid., pp. 92-95.

⁴¹ Sobre la ponderación, como técnica de interpretación en colisiones de principios, véase el Capítulo VIII.

⁴² Alexy (2002), p. 106.

⁴³ Estas ideas han sido trabajadas en Bassa (2014), pp. 148-158.

⁴⁴ Häberle (2003), pp. 162-165.

constitucional, recurriendo, legítimamente, a la forma en que dicha situación ha sido normada en otros ordenamientos. Principalmente respecto de los derechos fundamentales, el autor aduce dos argumentaciones: primero, que las normas de derechos se han erigido como principios generales del derecho, según es posible advertir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; segundo, que algunas nuevas constituciones hacen remisión expresa a los grandes textos de derechos fundamentales, como es el caso del artículo 10.2 de la Constitución española, que remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Häberle asume la interpretación constitucional desde una perspectiva cultural: los elementos propios del Estado constitucional son el resultado de la evolución de una serie de pueblos que han aportado o profundizado sus componentes característicos a lo largo de la historia. Así, se trata de una conquista de la civilización occidental, a partir de la apropiación cultural permanente de los textos clásicos, que se conserva y acrecienta desde la evolución del espíritu de las constituciones, determinadas por sus respectivos contextos culturales. En este proceso evolutivo es posible distinguir dos espíritus: por una parte, el espíritu de las constituciones, o del Estado constitucional, en el cual es posible identificar el acervo acumulado a lo largo de la historia de la civilización occidental y, por otra parte, el espíritu de configuración individual de cada pueblo que vive en y bajo una determinada Constitución. De esta manera, la universalidad del Estado constitucional convive con la particularidad de las configuraciones nacionales, condicionado por cada contexto cultural⁴⁵. Así, cada pueblo obtiene sus propias experiencias en virtud de las cuales construye sus instituciones constitucionales, sin perjuicio de incorporar elementos ya consolidados del pasado o de abrirse a un ejercicio de comparación constitucional con otros pueblos⁴⁶.

El autor entiende que la Constitución es más que un ordenamiento jurídico que los juristas deben interpretar siguiendo reglas más o menos determinadas. Se trata, principalmente, de «una guía para los no juristas: para el ciudadano, la “Constitución” no es sólo un texto jurídico o un “mecanismo normativo”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas»⁴⁷. Es

45 Häberle (2003), pp. 1-2.

46 Häberle (2002), pp. 104-105.

47 Häberle (2003), p. 5.

decir, una realidad mucho más compleja que la declaración normativa: se trata de una manifestación cultural de la sociedad.

Siendo la Constitución una expresión de un estadio de desarrollo cultural, su interpretación es también un ejercicio cultural, en el cual participan todos. Se trata de una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales⁴⁸, donde la interpretación constitucional se erige como un supuesto democrático que abre sus procesos a la participación de toda la comunidad. Una interpretación pluralista y procesal de la Constitución, que aborda su estudio no sólo desde las funciones o los métodos de la interpretación, sino considerando también a sus participantes. Así, todo acto de interpretación puede generar uno o más de los efectos que le son propios (jurídicos, políticos o morales), pero siempre ayudará a fijar el sentido y alcance que, en una sociedad abierta, tiene la Constitución⁴⁹. De esta manera, todas las teorías existentes en el seno de la opinión pública, así como las diferentes lecturas posibles de la Constitución, actúan como intereses de direccionamiento epistemológico en la interpretación progresiva de una Constitución polifacética⁵⁰.

El planteamiento de Häberle, que rompe el monopolio estatal de la interpretación constitucional, puede resumirse así: «en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay numerus clausus de los intérpretes constitucionales! [...] En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la medida en que son participantes materiales–, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista»⁵¹.

Es decir, se trata de un proceso abierto a la comunidad⁵², donde no sólo participan los órganos estatales que generalmente concentran la

48 Häberle (2003), pp. 149-151. En el mismo sentido, Rawls (2002), pp. 353-354: «la ausencia de una autoridad final que decida, y la de una interpretación oficial que todos deben aceptar no origina confusión, sino que es una condición necesaria para el avance teórico. Los iguales que aceptan y aplican principios razonables no necesitan un superior ya establecido. A la pregunta ¿quién ha de decidir?, la respuesta es: han de decidir todos, preguntándose a sí mismos».

49 Valadés (2003), p. xxxv.

50 Häberle (2002), p. 112.

51 Häberle (1996), p. 18.

52 Véase la «tabla sistemática» de los participantes en la interpretación constitucional y su explicación, en Häberle (1996), pp. 23-27, que incluye a los

función de interpretar la Constitución, sino que se incorporan, en la determinación del contenido y sentido de las normas, los ciudadanos y sus grupos, bajo la idea de que quien vive la norma, la co-interpreta. Así, sin perjuicio de la última interpretación de la justicia constitucional, en la comunidad convive una serie de pre-intérpretes, que anticipan el ejercicio jurisdiccional, consciente e intencional. De esta manera, el autor sostiene que «en algunos derechos fundamentales la interpretación se orienta conforme a la forma en que los propios “destinatarios de las normas” llenan el ámbito vital protegido por el derecho fundamental»⁵³. Este auto-entendimiento que los individuos (y los grupos que forman) tienen de sus derechos, se convierte en un elemento material del derecho, que determina la forma en que ha de interpretarse la norma, precisamente porque es la forma en que el derecho es ejercido por sus titulares.

En definitiva, en el contexto del actual Estado constitucional democrático, la propia interpretación constitucional, abierta y plural, se legitima democráticamente, no mediante el recurso formal de las elecciones periódicas, sino que «en una comunidad abierta, también en las formas mediatizadas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los derechos fundamentales, frecuentemente aludido en la “vertiente democrática” de los derechos fundamentales: a través de las controversias sobre las alternativas»⁵⁴. Así, el pueblo no es una realidad unitaria que se manifiesta en las elecciones, sino una «majestuosidad pluralista» que legitima las interpretaciones en el proceso constitucional, donde es el propio ciudadano quien se convierte en intérprete de su Constitución. La democracia es entendida a partir del ejercicio de los derechos fundamentales, donde el pueblo se constituye, precisamente, como asociación de ciudadanos que conviven, desde sus diferencias, en el pluralismo. En tanto libertad fundamental, el pluralismo se convierte en el punto de referencia de la Constitución, garantizando la mayor libertad posible, tanto pública como privada: el pluralismo equilibra

recurrentes, demandantes, demandados, peritos, lobbyists, los medios de comunicación, el proceso político y la propia teoría constitucional, así como las personas detrás de los órganos públicos.

53 Häberle (1996), p. 20.

54 Ibid., p. 33. Con todo, creo que la democracia no solo importa por su *telos* decisional, sino que sobre todo por el proceso para la toma de decisiones. Cortina (2007), pp. 55-56.

materialmente las diversas opciones del hombre que conviven en la comunidad, evitando la confrontación intolerante⁵⁵.

Dado este pluralismo, la interpretación constitucional se relativiza, por la colegialidad de sus procesos y por la propia vivencialidad de la Constitución, que generan una multiplicidad de alternativas razonables de interpretación de la norma constitucional, las que, a través del procedimiento de ensayo y error, van determinando el sentido del derecho. Ello lleva a Häberle a sostener que «la sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la realidad constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución proporciona (sólo) la publicidad y realidad pluralista, las necesidades y las posibilidades de la comunidad, que están antes, en y detrás de los textos constitucionales. Las teorías interpretativas sobreestiman siempre la importancia del texto»⁵⁶.

En efecto, estamos en presencia de un texto normativo que vive inmerso en la pluralidad de la comunidad en la cual se aplica, cuya positividad puede verse desbordada por la complejidad de las necesidades de dicha comunidad, que vive e interpreta su Constitución sin disciplina: son los principios y métodos de interpretación los que filtran o canalizan las influencias de los diversos participantes del proceso hermenéutico. En este sentido, la jurisprudencia constitucional, especialmente en aquellos casos en los que la opinión pública se divide y abanderiza, debe «velar porque no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución»⁵⁷, permitiendo la participación o consideración de los intereses sin representación. En el seno de la sociedad abierta y plural no hay una división atomizadora de los intereses, sino una convivencia tolerante al alero de una misma Constitución, en cuyo proceso de interpretación participan en forma conjunta. Así, la hermenéutica se convierte en un supuesto democrático.

Ahora bien, la vinculación de la Constitución al desarrollo cultural del pueblo se explica a partir de la concepción de Häberle acerca de la Constitución abierta: señala que un orden constitucional abierto debe poner el énfasis en los procesos que permitan y garanticen la participación de todos los miembros de la comunidad, en especial de aquellos sin representación, antes que en los contenidos materiales. Así, la Constitución es entendida como un conjunto de procesos institucionales

55 Häberle (2002a), pp. 116-117.

56 Häberle (1996), p. 37.

57 Ibid., p. 39.

y sociales, cuya interpretación, fundamentalmente participativa, desborda los límites de la institucionalidad estatal. Como consecuencia de ello, el contenido de la Constitución se va realizando permanentemente en un proceso abierto en el cual participa toda la comunidad y no sólo la casta de juristas. Con ello, se relativizan los clásicos métodos de interpretación frente a la rica pluralidad de una Constitución viva⁵⁸, que surge de una pluralidad de funciones desempeñadas correctamente: juez, legislador, ciudadano, opinión pública, gobierno y oposición⁵⁹. Es decir, un proceso abierto a todos los participantes de la cosa pública, a todos quienes viven en la Constitución.

Esta dimensión de la Constitución deriva de la concepción que Häberle tiene del pueblo y de la democracia: el pluralismo y heterogeneidad del pueblo impiden concebir una única manifestación de voluntad unitaria; así, la democracia debe garantizar los mecanismos que permitan una alternancia en el ejercicio del poder, ya que las diversas opciones políticas que conviven en la sociedad tienen todas ellas la misma legitimidad para participar del proceso democrático, pero sin que ninguna pueda imponerse definitivamente por sobre las otras.

Esta estructura normativa se construye sobre la base de una serie de contenidos y procedimientos contruidos a lo largo de la historia (entre los que señala la libertad del hombre, la democracia, las libertades públicas), que mantienen al pueblo y sus instituciones dentro de los parámetros del pluralismo, generando diversas interpretaciones de las normas desde estos elementos comunes: «los requisitos consensuados sobre los que se basan posibilitan al mismo tiempo tanto la concurrencia como, en su caso, el disenso»⁶⁰.

En este escenario, el juez constitucional no sólo debe garantizar la apertura de los procesos de formación de la voluntad general, sino también respetar el resultado de aquellos procesos en los que la opinión pública ha debatido intensamente sobre un caso conflictivo: un tribunal constitucional debiera autocontenerse en un control de constitucionalidad cuando la norma en cuestión haya estado sometida a un intenso debate en la opinión pública⁶¹, ya que dicho debate constituye una mayor fuente de legitimación de la norma que la propia decisión del tribunal⁶².

58 Estévez (1994), pp. 84-85.

59 Häberle (1996), pp. 42-43.

60 Häberle (2002a), p. 108.

61 Estévez (1994), p. 88.

62 Así por ejemplo, con la STC Rol N° 740-07, sobre métodos de anticoncepción de emergencia.

3.3. La ductilidad del derecho en Gustavo Zagrebelsky⁶³

Para Gustavo Zagrebelsky⁶⁴, la interpretación es una disciplina esencialmente práctica, ya que se ha superado la servicialidad del juez a la voluntad del legislador, quien, en el paradigma anterior, debía expresar el verdadero contenido de las fórmulas utilizadas por éste. Por el contrario, la interpretación se encuentra bajo la influencia –y tensión– de dos elementos copulativos, la norma y la realidad: «el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso»⁶⁵. Es decir, ambos elementos se relativizan mutuamente, evitando tanto la pura casuística como la excesiva abstracción del derecho; así, la actividad judicial se somete al derecho positivo, pero sin negar el carácter práctico de la interpretación.

Afirma que si la conexión presupuestada por el derecho positivo entre una acción y su resultado social ha experimentado un cambio profundo en la sociedad, la presión del caso, categorizado de distinta forma que en el pasado, impone la transformación de las reglas jurídicas mediante un esfuerzo de adecuación que comprende tanto a la jurisprudencia, como a la legislación y a la ciencia del derecho. Ello lleva al autor a afirmar que «el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como un sistema normativo independiente y autosuficiente»⁶⁶, porque la norma jurídica no busca una justicia abstracta e inmóvil –como sí lo hace la norma moral–, sino que se encuentra permanentemente sometida a fuerzas de transformación e interpretación.

En consecuencia, la interpretación no se presenta en abstracto, desconociendo la influencia del caso. La combinación de la naturaleza práctica de la ciencia del derecho y la pluralidad social actual, han puesto fin a un derecho propio de un contexto político y social homogéneo, donde el cuestionamiento de los valores fundamentales no llegaba al punto de provocar un problema jurídico. La pluralidad de la sociedad actual genera la explosión subjetivista de la interpretación del derecho, ya que se ha agotado un cuadro de principios compartidos por la generalidad. Afirma que el derecho debe ser razonable y no cerrarse a

⁶³ Estas ideas han sido trabajadas en Bassa (2014), pp. 139-148.

⁶⁴ Zagrebelsky (2003), pp. 132-153.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 132.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 138.

esta coexistencia pluralista, sino someterse a la exigencia de composición y apertura. La equidad viene a caracterizar al derecho actual a través de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia, así como del correctivo final de la omnipotencia de la ley.

De esta manera, el intérprete no se encontraría al servicio exclusivo de la norma o del caso, sino de ambos a la vez, manifestando cierta autonomía ante ellos, que deriva de la propia dependencia del intérprete tanto a la norma como al caso. Así, el ejercicio interpretativo es identificado por el autor como la lucha constante entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley, en el cual intercede el intérprete, en parte creando, en parte aplicando el derecho. Para el autor, la tensión hermenéutica entre norma y caso se soluciona a favor de este último: «las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida»⁶⁷.

Efectivamente, dada la supremacía constitucional, las normas infra-constitucionales pueden verse en entredicho ante la eventualidad de que su aplicación genere una inconstitucionalidad en el caso concreto; allí, la norma cede ante las exigencias del caso, que la llevan hacia una inconstitucionalidad relativa al caso concreto (así sucede con la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, del art. 93 N° 6 CPR). Me parece que es en este sentido en el que se debe comprender la afirmación de Zagrebelsky; más allá de la objeción formulada al positivismo acrítico, las exigencias de la ley ceden ante el caso concreto en la medida que medie un tercer elemento, la norma constitucional, en tanto instancia normativa superior al caso y a la ley. Descontextualizar la postura del autor significaría facultar al intérprete a invalidar, por sí y ante sí, una decisión legislativa emanada del ejercicio de los derechos políticos. No hay problema cuando el intérprete constitucional es el propio legislador (en tanto órgano representativo de la voluntad soberana), pero sí lo hay si el ejercicio se realiza en sede jurisdiccional, ya que se genera un evidente conflicto en la legitimidad democrática de ambas instancias de decisión.

En todo caso, Zagrebelsky funda sus ideas sobre la interpretación en la inevitable constatación del derecho en tanto fenómeno cultural, ya que esta no busca extraer del ordenamiento la única regla posible y aplicable al caso. Por el contrario, el método de interpretación es sólo

67 Ibid., p. 134.

una herramienta argumentativa destinada a justificar la regla normativa aplicada al caso. Es decir, dadas las cambiantes exigencias de cada caso, es posible extraer del ordenamiento diversas respuestas posibles, que requerirán que el intérprete justifique razonablemente su elección. Por ello, hoy existe una pluralidad de métodos que desbordan los propios de la escuela histórica y que se explican a partir de la particular complejidad de las sociedades contemporáneas, donde coexisten diversas concepciones ontológicas acerca del derecho (eclecticismo)⁶⁸.

Esta situación es calificada como positiva, en la medida que contribuye a la búsqueda de la regla adecuada para la solución de un caso concreto, particularmente cuando el intérprete se enfrenta a disposiciones normativas jurídicamente indeterminadas, como sucede con las normas constitucionales de principios, cuyo contenido normativo se concreta solo a través de la interpretación. En este ejercicio, la función del intérprete no es develar la única respuesta correcta, sino elegir razonablemente entre las distintas opciones que, a partir del carácter cultural del derecho, ofrece el ordenamiento jurídico para la solución de un caso concreto.

Así, es posible que la consecuencia jurídica que el ordenamiento imputa a un hecho determinado cambie sustancialmente en el seno de la sociedad; la diferente categorización de un caso concreto puede forzar la transformación de las reglas jurídicas, que deberán ser adecuadas por el intérprete, sea el legislador, el juez o la doctrina. Esta situación es resultado de la inevitable conexión del derecho con el contexto cultural que le da vida, ya que en tanto sistema normativo, no busca una justicia abstracta, como la norma moral, sino que se encuentra permanentemente sometida a las fuerzas de transformación e interpretación que provienen de los contextos socioculturales de generación y aplicación del derecho.

Este contexto cultural es determinante para la pretensión de objetividad de la norma, pero su eventual ausencia genera un espacio de subjetividad en la decisión del juez que puede derivar en un decisionismo judicial contramayoritario⁶⁹. Afirma el autor que «el sentido y el valor que resultan relevantes desde el punto de vista de la aplicación judicial tienen un significado objetivo y no subjetivo», por lo

⁶⁸ Ibid., pp. 134-135.

⁶⁹ Roberto Gargarella aborda el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales, enfatizando en las decisiones conservadoras (pp. 48-58) y en las populistas (pp. 81-89), a partir de la falta de legitimidad democrática de la justicia, en Gargarella (1996).

que «la categorización de las acciones de (los agentes) debe ir referida al contexto cultural objetivo en que se desarrollan»⁷⁰. Sin embargo, el problema se presenta, a mi juicio, cuando falta dicho contexto, ya que para Zagrebelsky «quien aplica el derecho se encontrará sin otros parámetros que los que él mismo pueda darse»⁷¹. Esta afirmación, si bien es consecuencia de un defecto, podría autorizar al intérprete-juez a decidir por sí mismo, cediendo las pretensiones de objetividad del derecho frente a las visiones subjetivas del intérprete.

Ahora bien, a mi juicio el punto no radica tanto en la apertura a criterios subjetivos de decisión, sino en las fuentes a las que recurrirá el juez, bien para decidir, bien para justificar su decisión. Sin embargo, creo que estas argumentaciones no se aplican de igual manera en la interpretación constitucional que en la legal: una cosa es que el contexto cultural «falte» y otra, a mi juicio distinta, que cambie. Podrá faltar una adecuada comprensión del contexto cultural, especialmente ante el dato de su constante evolución; pero esta situación no puede significar una habilitación al intérprete (en particular al juez) para tolerar o, incluso, legitimar la subjetividad en su labor hermenéutica. En este sentido, el espacio de subjetividad del juez siempre estará condicionado por los factores externos (el ordenamiento jurídico, el caso y el contexto sociocultural) que provienen de la comunidad, donde radica, en última instancia, la legitimidad de sus decisiones.

Lo propio sucede con la atribución de sentido que el derecho positivo hace respecto de los casos que regula: el caso concreto puede ser neutro en sí mismo, pero las categorizaciones que de él se hagan pueden situarlo dentro del ordenamiento jurídico o al margen del mismo. Aquí, la pluralidad de los métodos de interpretación, que parten de diversas concepciones ontológicas del derecho, cumplen un papel fundamental en la democratización del ordenamiento jurídico, ya que la aplicación de cada método puede entregar resultados dispares, ya sea de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, frente a un mismo caso.

Ahora bien, Zagrebelsky da un paso importante al cuestionar que el legislador, el derecho positivo, imponga una comprensión de sentido de los casos que regula; aunque reconoce que sí la presupone, afirma que «ningún legislador puede pretender que su asunción de sentido sea vinculante»⁷². A pesar de lo categórico de una afirmación que podría

70 Zagrebelsky (2003), p. 137.

71 Ibid., p. 137.

72 Ibid., p. 138.

significar la pérdida de vigencia normativa del derecho positivo, el desarrollo posterior realizado por el autor deja en claro dos cosas: *a.* la asunción de sentido del legislador se relativiza ante el cambio que experimenta en la comunidad que originalmente aceptó el contenido de determinada norma (a este respecto, sirve de ejemplo la norma que prohíbe el aborto, dado el cambio en su categorización por la comunidad; por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Roe v. Wade*), y *b.* la opción por un método hermenéutico en desmedro de otro no es indiferente al resultado de la interpretación de la norma, ya que según la fuente a la que se recurra, el intérprete obtendrá un resultado determinado, v. gr., más apegado a la intención original o más evolutivo. Afirma el autor que «una vez que a los casos específicos y concretos les sean atribuidas pretensiones de sentido y de valor anteriormente desconocidas, presionen sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada, no sólo mediante reformas legislativas, sino también mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir, la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas»⁷³.

Así, la interpretación evolutiva se presenta, especialmente, en los casos críticos, aquellos en los cuales «no existe acuerdo sino división entre los intérpretes acerca del sentido y del valor que hay que atribuirles»⁷⁴. En estos casos es posible distinguir un antes y un después en la interpretación de estos casos, en tanto el cambio en las circunstancias pone fin a la aceptación pacífica del sentido atribuido originalmente. El objetivo de la norma jurídica no es establecer una justicia objetiva e inmutable, sino buscar «la composición más adecuada posible de múltiples aspectos de la convivencia social»⁷⁵.

3.4. El originalismo original

A la problemática de la flexibilidad en la interpretación constitucional, subyace la tensión teórica que enfrenta a dicho modelo con el llamado originalismo, en tanto escuela de hermenéutica; su punto de discordia radica en determinar cuánto debe prevalecer el momento constituyente en la interpretación de la Constitución vigente, en relación al momento

⁷³ Ibid., p. 138.

⁷⁴ Ibid., p. 139.

⁷⁵ Ibid., p. 139.

histórico de interpretación de la norma. La actual manifestación de esta corriente, propia de la tradición legal angloamericana, surge como una reacción crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, durante las presidencias de Warren y de Burger. Concretamente, se le reclamó mayor fidelidad a la intención original de los redactores de la Constitución de dicho país, acusándolo de vulnerar la función que debe cumplir en una democracia, al crear derechos por vía interpretativa. Hubo un primer originalismo que se manifestó contrario a sentencias emblemáticas de la Corte (como es el caso de *Roe v. Wade* que se pronunció sobre la interrupción voluntaria del embarazo), que en tanto teoría reactiva y crítica a determinada práctica judicial, fue mutando desde la defensa de la *original intent* hacia un *original meaning*, más preocupado por fortalecer la fidelidad de los jueces a la Constitución antes que, simplemente, de restringir su actuar⁷⁶. Esta nueva dimensión del originalismo acepta que se trata de una teoría de interpretación y no de adjudicación constitucional, reconociendo el alto grado de indeterminación de una Constitución, particularmente en materia de derechos fundamentales⁷⁷.

El originalismo (particularmente el primero, adoptando la forma del criterio «historia fidedigna del establecimiento de la norma» que contempla el art. 19 CC) ha tenido ciertas manifestaciones en un sector de la doctrina constitucional chilena que, al reconocer en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) la fuente de historia e interpretación fidedigna de la Constitución vigente, se situó en una suerte de originalismo metodológico⁷⁸. Sin embargo, es necesario precisar que ello no contó con el nivel de desarrollo teórico que se aprecia en la tradición angloamericana⁷⁹. Esta opción metodológica de parte de la doctrina obedece a cierta concepción de la Constitución y, en consecuencia, cómo ha de interpretarse: que refleja un único contenido normativo correcto posible, que el intérprete puede alumbrar con ayuda de las Actas. Se asume que el poder constituyente identificado en la CENC definió el contenido de la Constitución, el que no puede ser

76 Smith (2011), pp. 711-713. Sobre el contenido del originalismo original, Powell (1985).

77 Balkin (2007); Solum (2011).

78 Como ejemplos del uso y abuso de las Actas como fuente de interpretación constitucional, particularmente en materia de derechos fundamentales, véase Evans (1999); Cea (2012); Verdugo et al. (2002); Silva (1997-2010).

79 Parcialmente anotado por Verdugo y García (2013), pp. 141 siguientes.

alterado vía de interpretación constitucional⁸⁰. Sin embargo, si aceptamos que la función de la Constitución es garantizar la apertura del sistema democrático, protegiendo los mínimos necesarios para la convivencia pacífica, una norma fundamental no puede reemplazar la discusión política para asegurar la permanencia de determinado proyecto político; por el contrario, debe garantizar la apertura para la concretización del contenido de los enunciados normativos⁸¹. En ese contexto teórico, la discusión por el fenómeno de la mutación constitucional cobra protagonismo, en particular cuando se han consolidado escuelas de interpretación constitucional que, antagónicas al originalismo, postulan la necesidad de interpretar la Constitución recogiendo la evolución que esta puede experimentar en tanto fenómeno cultural⁸².

4. Doctrina y jurisprudencia nacional

4.1. Originalismo a la chilena⁸³

Incorporando el criterio civilista de interpretación de la ley conocido como «historia fidedigna del establecimiento de la norma», la primera doctrina constitucional de las últimas décadas ha petrificado el contenido de la Constitución, recurriendo en forma acrítica y permanente a las actas de la CENC, concebidas como fuente de interpretación auténtica.

Esta decisión corresponde a determinada concepción de la Constitución y, en consecuencia, de su interpretación: que el texto es reflejo de un único contenido normativo correcto posible, que puede ser alumbrado con ayuda de las referidas Actas, supuestas depositarias de la verdad oficial. Con ello, se ha perpetuado una concepción tanto de la Constitución como de su contenido. Este anquilosamiento en torno a las Actas ha impedido que la sociedad participe democráticamente en la construcción de su ordenamiento iusfundamental, tanto en sede legislativa, como en materia de interpretación constitucional, protegiendo el contenido material del proyecto constitucional diseñado durante la dictadura.

La función de la Constitución es garantizar la apertura del sistema democrático a través de la protección de aquellos mínimos necesarios para la convivencia pacífica. En el contexto de una democracia constitucional, una Constitución no puede cerrar el sistema a la discusión política

⁸⁰ Bassa (2013).

⁸¹ Hesse (2011).

⁸² Strauss (2010); Ackerman (2011).

⁸³ Este apartado forma parte de Bassa (2013).

para asegurar la permanencia de determinado proyecto político; por el contrario, debe garantizar la apertura para la concretización del contenido de los enunciados normativos⁸⁴. Por el contrario, lo que ha generado la interpretación constitucional originalista es la permanencia de cierto proyecto político propio de la década de 1970, cerrando el debate democrático con el recurso a esta interpretación originalista.

La aplicación de todo método interpretativo se fundamenta en una teoría constitucional previa, muchas veces implícita, que resulta decisiva para el resultado de la interpretación. En efecto, la adopción de un determinado método no es una decisión neutra y valorativa, sino que obedece a una finalidad determinada: que dicho proceso de interpretación llegue a cierto resultado⁸⁵.

Desde esta perspectiva, este originalismo a la chilena (que carece de la fundamentación teórica que podemos encontrar en el modelo estadounidense⁸⁶) no solo es un método de interpretación, sino que es un elemento de una teoría constitucional previa y subyacente a dicho método, que obedece a determinada concepción de la Constitución en tanto norma jurídica: la Constitución vigente como el testamento político de la dictadura. Dicha concepción asume que el poder constituyente —que la doctrina identifica en la CENC— ya ha definido el contenido de la Constitución y los intérpretes deben respetarlo incondicionalmente. Como el contenido de la Constitución ya habría sido definido por el titular de la soberanía, no correspondería que por vía de interpretación constitucional se altere el contenido de dicha decisión. Así, la doctrina constitucional mayoritaria había afirmado que la única forma legítima de interpretar la Constitución debe atender a los criterios y parámetros propios del momento histórico identificado como constituyente⁸⁷. Aquí hay mucho más que un empobrecimiento en el desarrollo dogmático de

84 Hesse (2011).

85 Bassa (2011b), pp. 285-286.

86 Una conceptualización y relación histórica del originalismo estadounidense en Solum (2011).

87 La dogmática constitucional más reciente muestra ya una superación de este criterio hermenéutico, a través de su revisión crítica; aunque los cambios culturales llevan un ritmo diferente, ya es posible notar la influencia de autores como Aldunate (2008), Atria (2007), Contesse (2002), Ruiz-Tagle (2001), Zúñiga (2008); cfr. Bassa (2011a), p. 36. Algo ha dicho, tímidamente, la jurisprudencia constitucional; cabe destacar el voto de minoría de Hernán Vodanovic en la STC Rol N° 740-07, así como parte de los razonamientos de las líneas jurisprudenciales que han abierto las STC Rol N° 976-07 y STC Rol N° 1852-10.

la disciplina a través de una interpretación cognoscitivista⁸⁸. Se trata de una determinada teoría de la interpretación constitucional que utiliza la pretendida objetividad de la norma como un argumento político para obligar a los detractores del proyecto constitucional construido en la década de 1970.

4.2. La propietarización de los derechos⁸⁹

La teoría de la propietarización de los derechos postula que dado que se adquieren bajo la vigencia de una determinada normativa, ingresan al patrimonio de sus titulares, quienes ejercerían un derecho de dominio sobre ellos, protegido por el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que garantiza la propiedad sobre los bienes incorpóreos. A su turno, el artículo 583 del Código Civil señala que «sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad», incorporando un argumento normativo que ha permitido respaldar la idea de propiedad sobre crédito y derechos, incluso los fundamentales. Así, la jurisprudencia de la década del setenta muestra una extensión de su contenido, al entender que existe plena propiedad sobre los bienes incorpóreos, sin distinguir entre derechos patrimoniales y fundamentales⁹⁰.

La historia constitucional chilena reciente muestra un fortalecimiento del derecho de propiedad, quizá destinado a defender a los propietarios antes que a la institución jurídica. Tal como ocurrió en el sistema jurídico alemán de la década de 1920, en Chile se dio protección a un conjunto de derechos e intereses patrimoniales que no se correspondían con el concepto tradicional de propiedad, proceso que se consolidó en la jurisprudencia de la Corte Suprema a fines de la década de 1970. Esta propietarización de los derechos se consolidó, luego, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la década de 1990⁹¹. Como consecuencia de la consolidación de este fenómeno, la Corte Suprema ha recurrido a la garantía de la propiedad para proteger el

⁸⁸ Atria (1998), pp. 371-372, que temprano acusa la falta de un desarrollo de la dogmática constitucional chilena como un elemento que mella la independencia del Tribunal Constitucional, principalmente debido al permanente recurso a las Actas como fuente de interpretación de la Constitución.

⁸⁹ Estas ideas han sido trabajadas en Bassa (2013).

⁹⁰ Vergara (1991-92), p. 284; Sacco (2006), p. 480.

⁹¹ Cordero (2006) p. 129.

derecho a la salud, afirmando que «en la negativa arbitraria de una Isapre a otorgar la cobertura pactada en el contrato no vulnera la garantía constitucional del N° 9 del artículo 19, pero sí el ejercicio del derecho de propiedad del N° 24 de dicho artículo de la Constitución, dado que se priva a aquella de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que ha debido incorporarse a su patrimonio»⁹².

Lo propio ha sucedido en materia de derecho al trabajo, donde es posible identificar jurisprudencia que lo ha protegido indirectamente, mediante la protección de la propiedad. De esta manera, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que «el derecho del trabajador a gozar de un empleo estable mientras cumpla debidamente con sus obligaciones funcionarias, constituye una especie de propiedad sobre un bien incorporal, garantizado por el N° 24 del artículo 19 de la Constitución, de modo tal que el trabajador sólo puede ser privado de su empleo por los medios que la propia ley establece»⁹³.

En ambos casos, se puede apreciar que el objeto de la protección, a juicio de las cortes, es la propiedad que existe sobre el derecho fundamental, o bien sobre las facultades que otorga ese derecho. Esta técnica de protección indirecta ha desvirtuado el sistema de protección de los derechos fundamentales, empobreciendo su contenido. La protección de los derechos requiere de un adecuado desarrollo dogmático de su contenido constitucional; mediatizar su protección por medio de un derecho más fuerte termina por desnaturalizar ambas instituciones, en especial si el régimen de protección responde a categorías ius-privatistas, ajenas al sistema de protección iusfundamental.

Lo propio ha sucedido en el Tribunal Constitucional, que al pronunciarse sobre la protección del derecho al trabajo, señaló explícitamente que «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 inciso primero de la Constitución Política, ésta reconoce a toda persona, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, por lo cual sobre derechos emanados de un contrato de trabajo que son bienes incorporales y entre los cuales está el derecho de percibir una remuneración pactada, sus titulares tienen propiedad»⁹⁴. Siguiendo las doctrinas civilistas más clásicas, se entendió que de un contrato de trabajo surgen derechos que se incorporan al patrimonio

92 Corte Suprema, Rol N° 14.167-1988 (Rodrigo Alamos con Isapre Colmena Golden Cross S.A), cons. 8°.

93 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 14.347-1988, cons. 5°.

94 STC Rol N° 698-06, cons. 9°, letra f.

de los contratantes y, por tanto, obtienen protección constitucional vía derecho de propiedad.

De esta forma, es posible identificar una primera etapa jurisprudencial, que configuró los derechos a partir de categorías de derecho privado, vinculadas a la contratación entre particulares. El principal elemento fue la ampliación del derecho de propiedad para proteger, secundariamente, el ejercicio de otros derechos. Así, durante largos años, para obtener protección judicial de cualquier derecho subjetivo, debió recurrirse a este expediente de considerar susceptible de protección no tanto el «derecho», sino la propiedad sobre éste. Se generó un proceso de propietarización de los derechos fundamentales, que impidió fortalecer un sistema de protección dirigido, directamente, sobre los derechos en tanto instituciones con ámbitos propios⁹⁵.

4.3. La pretendida jerarquía entre los derechos⁹⁶

A pesar que la imposibilidad de jerarquizar *a priori* los derechos fundamentales forma parte del acervo propio del constitucionalismo contemporáneo, parte importante del constitucionalismo chileno estuvo marcado por los orígenes de la Constitución vigente. Así, son recurrentes las argumentaciones que desconocen el carácter de derechos a diversas declaraciones normativas recogidas en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 19; por ejemplo, los derechos sociales⁹⁷, tal como aquella que intentó jerarquizar, o los derechos o los valores que estos representan.

Destacan las afirmaciones de Jaime Guzmán en la CENC, quien ha formado escuela en ciertos sectores políticos y constitucionales. Con una concepción muy limitada de los derechos, los define como «aquellas facultades para cuyo ejercicio, por su titular, sólo requiere que un tercero –sea la autoridad o un particular– no se lo impida o coarte ilegal o arbitrariamente»⁹⁸, aplicando el concepto decimonónico del deber de abstención a todos los derechos. Ello le lleva a concebir todos los derechos sólo como derechos de libertad, como lo afirma respecto de la educación: «en esta materia, se están consagrando dos libertades diferentes: una, que es la libertad de enseñanza y que se va a analizar

⁹⁵ Vergara (1991-92) p. 291.

⁹⁶ Este apartado forma parte de Bassa (2013).

⁹⁷ Cfr. Martínez (2006), p. 447 y (2008), pp. 282-283; Gómez (1993), p. 84.

⁹⁸ Rojas et al. (1996), p. 148.

y considerar más adelante, y otra, que es la libertad de aprendizaje que, en el fondo, se le ha llamado más técnicamente y de manera más adecuada “derecho a la educación”. Opin[o] que este derecho a la educación es, en esencia, libertad para aprender»⁹⁹. Al invertir el contenido constitucional de los derechos, el autor (y su escuela) desconoce la mayor o menor dimensión prestacional que tienen todos los derechos¹⁰⁰, dando pie a la negación de algunos de ellos.

Existe una inclinación cultural en la doctrina chilena más tradicional hacia la jerarquización de los derechos reconocidos por la Constitución, que ha tenido eco en la jurisprudencia¹⁰¹. La especial combinación de ciertos factores contribuyó a que a través de esta jerarquía de derechos se manifestaran: 1) las opciones políticas juridificadas en 1980, 2) la sistemática inclinación a la interpretación originalista, y 3) la ausencia de un desarrollo de criterios de interpretación propios de los derechos fundamentales, por parte de la doctrina constitucional chilena¹⁰². Lo anterior nos permitiría explicar por qué se ha recurrido a esta supuesta jerarquía para solucionar aquellos conflictos entre derechos que los criterios clásicos de interpretación no resuelven satisfactoriamente.

En materia de jerarquía de derechos fundamentales, el mismo Guzmán afirmó que en «el orden de la Constitución actual [de 1925], no se resguardará convenientemente el orden jerárquico de las garantías»¹⁰³. Esta sola afirmación ha permitido que parte influyente de la doctrina vea en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 19, una pretensión de orden jerárquico por parte del supuesto constituyente, que debe ser respetada¹⁰⁴. La misma postura fue recogida, veinte años después, en similares términos: «quizás alguien podría pensar que [...] basta con reconocer a un derecho su carácter de consubstancial con la

99 Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Actas Oficiales, sesión 139ª; destacado en el original.

100 Holmes y Sunstein (2011). En el mismo sentido, Zúñiga (2008), p. 87: «la relación de sujetos activo-pasivo, excede el abanico de facultades propias del derecho subjetivo».

101 En contra de la tesis de jerarquía de los derechos, véase el Capítulo VIII, sección 3.1.

102 A este respecto se ha mostrado un avance importante en Aldunate (2008), y reseña en Bassa (2010).

103 Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión Nº 96, de 19 de diciembre de 1974, pp. 30-31. Esta afirmación fue respaldada por el Presidente de la Comisión, Sr. Ortúzar, id., p. 31.

104 Cea (1999), pp. 173-174.

naturaleza humana para que todos los que participan de tal rasgo deban valorarse en un pie de igualdad. Nada más inexacto. Comprender la jerarquización que existe entre los distintos niveles o manifestaciones de los diferentes derechos, me parece la clave para un enfoque del tema con auténtico rigor conceptual y, sobre todo, con un indispensable realismo práctico»¹⁰⁵.

Se ha llegado a afirmar que existe una prelación o jerarquía entre los derechos según su ubicación en el artículo 19 de la Constitución¹⁰⁶, criterio que se constituiría como el último parámetro de solución de conflictos entre derechos: si no se logra la conciliación entre los derechos en pugna, «tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos [...] En ese sentido, creemos que en la enumeración del artículo 19 [de la Constitución] no están los derechos al azar, sino que ordenados siguiendo la secuencia jerárquica enunciada. Y lo mismo cabe asegurar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos»¹⁰⁷. A juicio del autor, la Constitución establecería una jerarquía numérica entre los derechos, la que debe ser respetada al momento de resolver los conflictos entre ellos. Antes de la publicación de la primera edición de su *Derecho Constitucional Chileno*, Cea ya había afirmado que «tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad, para proseguir con la vida e integridad personal»¹⁰⁸. Esta jerarquía asume que las colisiones entre derechos son aparentes, permitiendo la construcción hermenéutica de soluciones apriorísticas. En esta segunda edición de su texto, el autor ha ratificado su postura, defendiendo la existencia de una jerarquía entre los derechos: «obviamente, en la enumeración del artículo 19 no están los derechos insertados al azar, sino que ordenados siguiendo la secuencia jerárquica enunciada»¹⁰⁹. Para fundamentar su afirmación,

¹⁰⁵ Rojas (1996), p. 152.

¹⁰⁶ Cea (2012), Tomo II, pp. 65-68, y Verdugo et al. (2002), Tomo I, pp. 197 y 267: se ha afirmado que la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1973-78) habría organizado los derechos fundamentales jerárquicamente, atendiendo a los valores que protegen: vida, igualdades y libertades. Para una relación de la situación de la dogmática chilena, véase Contesse (2002). También crítico al respecto Celis (2007).

¹⁰⁷ Cea (2012), p. 68.

¹⁰⁸ Cea (1999), p. 172.

¹⁰⁹ Cea (2012), p. 70.

se apoya en un argumento de autoridad: una extensa cita de las actas de la CENC¹¹⁰, a pesar de que los comisionados parecieran discutir sobre técnica legislativa y no sobre la eventual jerarquía ontológica de los derechos.

La influencia de estas ideas puede verificarse en ciertas publicaciones de relevancia, en las cuales es posible identificar afirmaciones tales como: «hubo consenso en la Comisión de que todas las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que lo más aconsejable era partir, por orden jerárquico, con el derecho a la vida, las igualdades y las libertades»¹¹¹, o bien, «si aceptamos que los derechos individuales son accesorios de los valores, a los que brindan protección jurídica, y que los valores están ordenados jerárquicamente, debemos concluir que los derechos individuales también están ordenados jerárquicamente. El problema se reduce entonces a determinar cuál es el orden de los derechos individuales, diseñando una escala jerárquica»¹¹². Sin mayor profundidad, la jerarquía es presentada como una verdad autoevidente; sin embargo, se trata de ideas que van a contrapelo con el constitucionalismo contemporáneo, que entiende al sistema de derechos fundamentales como una unidad en la protección de la persona.

Parte de la jurisprudencia recogió estas argumentaciones, al adjudicar controversias jurídicas desde la jerarquía entre los derechos, mostrando cuán influyentes han sido estas doctrinas. En la década de 1990 hay dos fallos emblemáticos en este doble sentido: una interpretación originalista que sigue los postulados de la CENC y la conceptualización de los derechos fundamentales como un orden predeterminado jerárquicamente. En 1993, la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver un amparo por conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y a la honra, afirmó lo siguiente: «nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19 [de la Constitución]. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y, en seguida, en el número 4, la honra, en circunstancia que la libertad de información

110 Cea (2012), pp. 70-71.

111 Verdugo et al. (2002), Tomo I, p. 197. Sin embargo, el aludido consenso no existió, ya que no hubo un acuerdo al respecto en el seno de la Comisión, al cual se la pudiera adjudicar valor interpretativo de la Constitución: Aldunate (2008), p. 275.

112 Pfeffer (1998), p. 225.

está contemplada en el número 12»¹¹³. Suerte tuvo la honra de figurar ocho numerales antes que la libertad de información; con ello, asegura protección constitucional ante cualquier conflicto con otro derecho peor ubicado en el catálogo.

Este tipo de teorizaciones dominó el debate constitucional en Chile por tres largas décadas, y sólo comienza a notarse un cambio en ciertos sectores de la doctrina en los últimos lustros. La principal consecuencia de esta situación ha sido impedir el desarrollo dogmático, la realización, de la Constitución chilena. Por el contrario, esta estrategia de interpretación constitucional ancla el contenido normativo de la Constitución al período 1973-1978, lo que ha impedido concebir plenamente a los derechos fundamentales como diversas manifestaciones de un proceso progresivo y constante de reconocimiento y protección de los intereses y necesidades de las personas. Este proceso intelectual e ideológico que se encuentra detrás de los derechos fundamentales, y que se manifiesta en la competencia política y en la argumentación constitucional¹¹⁴, ha sido obstaculizado por las interpretaciones originalistas de la Constitución y la consecuente rigidez del catálogo de derechos, a través de estrategias argumentales como la jerarquización. Es decir, una Constitución que se ha realizado de espaldas al diálogo deliberativo como herramienta fundamental de la democracia.

Replicando la estrategia ínsita en los criterios de interpretación del Código Civil (donde se protege un proyecto de sociedad restringiendo la libertad del intérprete de la norma que lo consagra), la doctrina constitucional ha sostenido que existe cierto «deber de lealtad» hacia el espíritu de la Constitución. Este se manifiesta en un «sometimiento, leal y públicamente demostrado, tanto al espíritu y la letra, como al contexto y los anales fidedignos de cuanto fluye del Bloque [constitucional] mencionado o pueda ser reconducido a él»¹¹⁵, que postula la existencia de un contenido objetivo en la Constitución que debe ser interpretado objetivamente¹¹⁶.

¹¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 983-93 (Luksic Craig y otros con Martorell Cammarella y otros), cons. 8° [caso Impunidad diplomática], en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XC, II sección V (1993), pp. 164-174. En el mismo sentido, caso *La última tentación de Cristo*, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIV, II, sección V (1997), pp. 99-116, en el que se protege la honra de Jesucristo porque ésta «prevalece con respecto a la libertad de emitir opinión o de informar», cons. 14°.

¹¹⁴ Ruiz-Tagle (2001), p. 181.

¹¹⁵ Cea (2006), p. 13.

¹¹⁶ En el mismo sentido, Vivanco (2008), p. 561.

Esta afirmación se replica respecto del juez constitucional: «Junto a las virtudes intelectuales se ubican las de índole política, asumiendo que son tales las que demuestran en el Juez Constitucional una conducta de identificación completa con la Constitución al interpretarla y ponerla en acción»¹¹⁷. Así, se logra extraer al juez del contexto real a partir del cual se crea una Constitución que, dada la evidente diversidad política y social, no puede obedecer sólo a uno de los variados proyectos de sociedad que emanan de dicha diversidad; sin embargo, se exige que el intérprete (el juez, pero también la doctrina que desarrolla los enunciados normativos) asuma que sólo existe uno y se comprometa con su defensa.

Por ello, en un escenario en el que la doctrina constitucional mayoritaria ha estado abocada a teorizaciones comprometidas con el momento constituyente impulsado por la dictadura y alejadas del constitucionalismo contemporáneo, la jurisprudencia tampoco ha sido capaz de hacer una lectura democrática de la Constitución.

4.4. Derechos y libertad contractual¹¹⁸

En materia de derechos sociales, uno de los criterios de configuración en la jurisprudencia constitucional más temprana, dice relación con la incorporación de la libertad contractual como principio rector del ordenamiento iusfundamental, que se desprendería del propio tenor literal de los numerales 9 y 16 del artículo 19 de la Constitución. Así lo demuestra, por ejemplo, un fallo de la Corte de Santiago, al señalar que «se infiere que la garantía consagrada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, dice relación con dos aspectos de la libertad de trabajo, a saber, la posibilidad y opción de toda persona a contratar libremente sus servicios y la de elegir el trabajo que desea y pretende desempeñar»¹¹⁹. Como se aprecia, la Corte no tutela el trabajo en sí mismo, sino que limita la garantía del artículo 19 N° 16 a la libertad de contratación del trabajador, en especial a la libertad para elegir el trabajo que desee, dando inicio a una tendencia jurisprudencial recién comenzada la vigencia normativa de la Constitución de 1980.

En sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema, al afirmar tajantemente que «el N° 16 del artículo 19 de la Constitución, no

117 Cea, 2009, p. 81. En el mismo sentido, Cea (2008), p. 153 y siguientes.

118 Estas ideas han sido trabajadas en Bassa y Aste (2015).

119 Corte de Apelaciones de Santiago, cons. 12° y 13°, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXIX, (1981), p. 69.

comprende la justa remuneración ni el derecho a la negociación colectiva»¹²⁰, restringiendo el alcance de la garantía constitucional vía interpretación. Para la jurisprudencia constitucional más temprana en la garantía y protección de los derechos fundamentales, «el N° 16 del artículo 19 de la Constitución, en ninguno de sus incisos protege el empleo en sí mismo, o la función o el cargo servido»¹²¹, criterio que será modificado sustantivamente en jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional.

Previamente, el propio Tribunal Constitucional recogió este criterio. Así, la libertad del trabajo fue el principal componente del derecho en cuestión, aunque ahora complementado con el derecho a recibir una justa retribución, entre otros. Lo anterior queda de manifiesto en una sentencia de inaplicabilidad, en procedimiento incoado contra la exclusión de la nómina nacional de síndicos; en la oportunidad, señaló que «la libertad de trabajo, consagrada en el artículo 19 N° 16 envuelve, por una parte la tutela de la libertad de trabajo y su protección [...] Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución»¹²². Recurriendo a la doctrina tradicional¹²³, el Tribunal argumenta que la garantía faculta a toda persona a buscar cualquier trabajo que no esté prohibido por ley, señalando además que, en lo relativo a las condiciones en las que se debe ejecutar un trabajo, se garantiza la autonomía del trabajador. Continúa señalando que «este derecho forma parte de la denominada Constitución Económica y debe, por tanto, concordarse con el conjunto de principios que emergen con la Constitución de 1980, especialmente las garantías del artículo 19, que conforman el llamado orden público económico».

Así las cosas, reitera la idea de que de la garantía contenida en el artículo 19 N° 16, se desprende el principio de libertad individual, cuestión que habilitaría a toda persona a buscar u obtener un trabajo, asegurando en esto, la no discriminación arbitraria, además del derecho a la justa retribución¹²⁴. Las sentencias referidas dan cuenta de cómo el

120 Corte Suprema, en: *Revista Gaceta Jurídica*, N° 35 (1983), p. 46.

121 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 162-86 (Adriana Almazabar con Vicepresidente ejecutivo de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas).

122 STC Rol N° 1413-O9, cons. 21°.

123 Irureta (2006), pp. 49 y 60-63.

124 En el mismo sentido se pronuncia la STC Rol N° 1254-O8, cons. 89°, señalando que «[...] la doctrina ha precisado que la libertad de trabajo y su protección,

Tribunal había configurado el derecho al trabajo, principalmente, desde categorías privadas vinculadas a la libre contratación entre particulares. Se trata de una interpretación restrictiva del contenido normativo de la garantía constitucional, limitada a su dimensión de libertad, que será modificada en jurisprudencia posterior del propio Tribunal.

Por su parte, el contenido del derecho a la protección de la salud ha sido concretizado siguiendo este mismo criterio de interpretación: la libertad contractual. Fallando una apelación contra sentencia de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema concluyó que «no existe ilegalidad en el proceder de los recurridos, puesto que existe una ley que arregla con precisión el otorgamiento de las prestaciones médicas requeridas»¹²⁵. En este caso, las prestaciones médicas o de salud no reciben protección constitucional, pues el reenvío al legislador excluiría estas materias de dicha protección ius-fundamental, cuyo objeto no es el otorgamiento de tales prestaciones, sino la libertad para acogerse al sistema público o privado de salud.

Los fallos citados dan cuenta de cómo la jurisprudencia constitucional privilegió, inicialmente, la protección de la dimensión de libertad de los derechos fundamentales, incluso de aquellos de carácter social, determinando su contenido normativo a través de criterios de interpretación propios del derecho privado, o bien, estableciendo relaciones de jerarquías apriorísticas entre ellos.

4.5. Principios para la interpretación: de qué subsidiariedad estamos hablando

El principio de subsidiariedad ha sido sindicado como una de las piedras angulares del diseño constitucional vigente, por cuanto plasmaría determinado modelo que se irradiaría a todos los ámbitos de la actividad económica¹²⁶; entre ellos, también al ejercicio de los derechos sociales¹²⁷. Sin embargo, luego de más de treinta años de aprobado el texto original de la Constitución vigente, y a pesar de la larga hegemonía de la doctrina clásica en la materia, han surgido

es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito, vale decir, no prohibidos por la ley [...]], en Evans de la Cuadra (1999), Tomo III, p. 10.

¹²⁵ Corte Suprema, Rol N° 3599-2001, cons. 2° a 5°.

¹²⁶ Por todos, Fermandois (2006-2011).

¹²⁷ Loo (2009), p. 420, Bassa (2008), p. 150.

voces críticas que han cuestionado tanto el contenido como la extensa aplicación que se ha hecho de él por parte de la doctrina nacional¹²⁸, que pareciera tener ya un correlato en la jurisprudencia constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha interpretado el principio de subsidiariedad a la luz de la fuerza normativa que caracteriza a la Constitución y en relación a la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales, obligación que no solo recae en los órganos del Estado, sino también en los particulares, por cuanto existe un mandato expreso de la Constitución. En esa línea, el Tribunal reconfigura completamente el contenido constitucional de este derecho social, por cuanto el principio de subsidiariedad ya no puede ser esgrimido como un argumento para garantizar sin más la libre iniciativa económica: en materia de derechos sociales, los particulares (por ejemplo, las ISAPRE) se encuentran obligados a respetar y promover los derechos fundamentales que se satisfacen mediante sus prestaciones, limitando, de paso, el contenido de la libertad empresarial¹²⁹. El Tribunal ha reconocido el efecto de irradiación que caracteriza a los derechos fundamentales en su comprensión contemporánea, efecto que se verifica no solo sobre el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino también en las relaciones entre particulares y en sus actos normativos de efecto particular¹³⁰. Ello ha significado relativizar la preponderancia del principio de subsidiariedad en su aplicación a las relaciones de protección de derechos de carácter social.

De esta forma, la obligación que tienen los particulares de respetar los derechos fundamentales se desprende del análisis que el Tribunal Constitucional realiza del derecho a la protección de la salud: la Constitución utiliza la expresión «preferente» respecto al deber que tiene el Estado en su protección. El Tribunal invierte la dimensión obligacional del principio de subsidiariedad, reconociendo que el primer obligado a proteger y satisfacer el pleno ejercicio de los derechos fundamentales es el Estado, siendo los particulares que participan como prestadores meros agentes que actúan en subsidio del Estado: «el establecimiento de este deber significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del

¹²⁸ Viera (2013), Jordán (2010), Loo (2009).

¹²⁹ STC Rol N° 976-07, cons. 36°.

¹³⁰ Jordán (2013), p. 357.

derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de ésta última»¹³¹. La actividad que pueda realizar un particular en función de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, se encuentra condicionada por la dimensión iusfundamental del valor protegido, explicando por qué el efecto irradiación de los derechos afecta a los contratos privados de salud.

La argumentación del Tribunal en materia de subsidiariedad supone un cambio respecto de la concepción tradicional sostenida, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 352-02, que fortalecía la dimensión abstencionista del principio, aunque abriendo la posibilidad de reinterpretación respecto de aquellas funciones que, por su carácter, debe asumir el Estado. Sin embargo, la autonomía de los grupos intermedios defendida en la sentencia Rol N° 352-02 cede, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-07, ante la necesidad de proteger un valor constitucional, el derecho a la protección de la salud, que ya no se explica solo desde la autonomía de los cuerpos intermedios. En este sentido, cobra relevancia la definición del concepto «potestades públicas», en tanto funciones que la Constitución entrega a determinadas autoridades y cuya delegación resulta contraria a esta¹³². Sin perjuicio que los particulares puedan otorgar prestaciones de salud a través de contratos entre privados, lo cierto es que esta se verifica en el marco del ejercicio de una función pública (la garantía de los derechos fundamentales), la que limita el ámbito de libertad en la contratación e invierte, según se ha visto, el principio de subsidiariedad¹³³. Este cambio en la aplicación del principio de subsidiariedad se enmarca en un contexto de discusión y reflexión teórico que parte de la doctrina ha impulsado en los últimos años, destinado a revisar los efectos que genera su aplicación¹³⁴.

El Tribunal profundiza esta línea argumentativa y revisa críticamente la aplicación de un principio propio del Derecho Privado, como es el respeto a la autonomía de la voluntad de la partes, en la protección de los derechos fundamentales; en concreto, afirma que el contrato privado se encuentra limitado por las propias garantías constitucionales sobre las cuales versa¹³⁵. El Tribunal reconoce que las relaciones entre privados

131 STC Rol N° 1710-10, cons. 121º.

132 STC Rol N° 1024.

133 STC Rol N° 976-07, cons. 36º.

134 Viera (2013) pp. 196-216, Jordán (2013).

135 STC Rol N° 976-07, cons. 39º.

deben respetar la normativa constitucional y, especialmente, los derechos fundamentales, ante los cuales cede el principio de autonomía de la voluntad: «todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho»¹³⁶, sin que el contrato pueda obstaculizar el legítimo ejercicio del derecho. De esta forma, el Tribunal construye la protección de los derechos sociales desde la titularidad universal garantizada constitucionalmente, que se erige como «la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren» el derecho¹³⁷, «debiendo ser interpretadas y practicadas en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud»¹³⁸.

Resulta interesante revisar el contenido de esta sentencia, puesto que comienza a avizorarse la consolidación de una línea jurisprudencial que excede el ámbito del derecho a la salud, construyendo una argumentación común para la protección de los derechos sociales en general. De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1852-10 (que abre una línea jurisprudencial en la protección constitucional del trabajo) cuestiona expresamente la facultad del empleador de manejar discrecionalmente los turnos de los trabajadores, en especial cuando ello redundaría en una prolongación excesiva de la jornada de trabajo y en una consecuente limitación del tiempo libre de que dispone el trabajador. El Tribunal afirma que ello vulnera los derechos del trabajador, por cuanto lo sujeta a una jornada cuya duración no es vista como razonable, al afectar seriamente su debido¹³⁹. Existe una evidente relativización del valor de la autonomía de la voluntad en la relación contractual para la determinación de las condiciones de trabajo, la que no solo deriva de la legislación específica, sino de la propia protección constitucional del trabajo. En definitiva, estamos en presencia de un cambio en la preponderancia de los criterios de interpretación constitucional: la combinación entre la técnica del originalismo y los criterios privatistas han cedido lugar a una hermenéutica no cognoscitivista que se construye desde criterios iuspublicistas que reconocen el efecto irradiación que presentan los derechos fundamentales y su primacía en las relaciones entre particulares.

136 STC Rol N° 976-07, cons. 64°.

137 STC Rol N° 976-07, cons. 43°.

138 STC Rol N° 976-07, cons. 56°.

139 STC Rol N° 1852-10, cons. 7°.

Ambas líneas argumentales comparten una matriz común: aun cuando se trata de conflictos constitucionales que surgen de las relaciones contractuales entre particulares, el Tribunal distingue con claridad el interés constitucionalmente protegido para construir una argumentación que lo resuelva. Así, tanto en los fallos de salud como en los fallos relativos a la protección de las condiciones laborales, el Tribunal ha relativizado la dimensión privado/contractual de los conflictos y los ha resuelto en clave de Derecho Público, es decir, desde la protección constitucional de los derechos fundamentales. Los criterios de protección de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual ceden ante el efecto irradiación de los derechos, en especial cuando los particulares realizan una actividad económica al servicio del deber principal del Estado de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

4.6. Un ejemplo de configuración hermenéutica: los derechos sociales¹⁴⁰

El sistema de protección de derechos fundamentales es una construcción normativa compleja, compuesta tanto de enunciados normativos de principios como de garantías procesales e institucionales destinadas a proteger su legítimo ejercicio¹⁴¹. Esta complejidad ha sido abordada desde diferentes perspectivas, que se han servido de herramientas pedagógicas para establecer diferencias al interior del catálogo que, incluso, han dado paso a la negación del carácter de fundamental de ciertos derechos. Quizá la más importante, por sus efectos, sea la clasificación a partir del binomio libertad positiva/negativa, que da paso a la configuración hermenéutica de derechos negativos (que establecen un deber de abstención) y positivos (que establecen deberes de prestación). Se ha hecho ya un lugar común recurrir a esta clasificación para negar el carácter de derecho a los llamados derechos positivos¹⁴².

Sin embargo, lo cierto es que todos los derechos requieren de una intervención activa por parte del Estado; la diferencia entre ellos se verifica, a fin de cuentas, en el grado de intervención estatal necesaria para la protección de su legítimo ejercicio. Es decir, hay derechos preferentemente prestacionales y otros preferentemente de abstención,

¹⁴⁰ Estas ideas han sido trabajadas en Bassa y Aste (2015).

¹⁴¹ Sobre la garantía de los derechos, véase el Capítulo XII.

¹⁴² Martínez (2010), p. 133, Sánchez y Pereira (1992), p. 262. Sobre las clasificaciones de los derechos y sus ideas subyacentes, véase el Capítulo III.

pero ambas «categorías» de derechos comparten una dimensión común, por cuanto se trata de intereses protegidos constitucionalmente que requieren, sin excepción, de algún tipo de intervención estatal para garantizar su libre y legítimo ejercicio¹⁴³.

Durante décadas, la teoría constitucional clásica se hizo eco de las primeras críticas al Estado Social, al sostener que se trataba de meras expectativas cuya satisfacción depende de la capacidad económica del Estado; recurriendo a la interpretación originalista, se sostuvo que la Constitución de 1980 no los reconocía como derechos. Esta posición se encuentra expresada tanto en las Actas de la CENC (sesión 139, entre otras) como en su documento final: «como todo derecho social, el derecho a la educación implica una aspiración del individuo que la comunidad y, particularmente, el Estado tienen el deber de satisfacer en la medida que las posibilidades lo permitan»¹⁴⁴. Guzmán, principal expositor de esta postura en los albores de la Constitución, lo señala explícitamente: «sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría pretender recabarse de un tribunal de justicia»¹⁴⁵. En sentido similar se han manifestado autores como Martínez Estay¹⁴⁶, incluso negando su condición de derechos en sentido estricto¹⁴⁷, derivado de su supuesta falta de justiciabilidad¹⁴⁸.

Sin embargo, es posible apreciar un giro en el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional en la materia, separándose de la interpretación tradicional. La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-07 es particularmente clara al reafirmar que el derecho a la salud es un derecho fundamental en regla, como lo expresa en los considerandos 26° («desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos») y 27° («resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad

143 Holmes y Sunstein (2011), pp. 63-65.

144 Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (1981), p. 190.

145 Rojas, 1996, p. 148.

146 Martínez (2006), p. 305, y Martínez (1997), p. 134.

147 Martínez (2008), pp. 282-283.

148 Martínez (2010), p. 136.

económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización»), argumentos reproducidos en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1248-08 y confirmados en la sentencia de inconstitucionalidad 1710-10¹⁴⁹. Se trata de una transformación realmente significativa, que da cuenta de la evolución que ha experimentado la cultura jurídica chilena en la protección de estos derechos fundamentales de carácter social. Este ya ha sido recogido por la doctrina, que avizora un cambio en el eje referenciador de protección del derecho a la salud, enfatizando en la dimensión objetiva de las normas de derechos fundamentales y su efecto irradiación sobre el ordenamiento jurídico y los actos privados, como los contratos de salud¹⁵⁰.

En el mismo sentido, ahora respecto de la jornada laboral del transporte rural colectivo, el Tribunal amplió considerablemente el contenido constitucional del art. 19 N° 16, confirmando una mutación desde la protección de la libertad de trabajo¹⁵¹ hacia la protección del trabajo en sí mismo «en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo»¹⁵²; esta protección al trabajo comprende las condiciones efectivas de trabajo, las que deben ser equitativas y satisfactorias. A este respecto, la (re) interpretación del texto constitucional es aún más profunda: el Tribunal ha resignificado el contenido de la voz «protección» presente en el inciso 1° del numeral en comento. La sola protección de la libertad de trabajo,

149 STC Rol N° 976-07, cons. 26° y 27°; STC Rol N° 1248-08, cons. 20° y 21°; STC Rol N° 1710-10, cons. 94° y 95°.

150 Jordán (2013), pp. 357-359.

151 Como se vio, la libertad de trabajo fue el componente principal del derecho constitucional, complementado con el derecho a una justa retribución, entre otros. Hasta ahora, la jurisprudencia constitucional había sido consistente en este sentido, dando cuenta de ello las STC Rol N° 1413-09, cons. 21° y STC Rol N° 1254-08, cons. 89°, desde la libre contratación, o bien, revisando la existencia de restricciones legales en las STC Rol N° 1133-08, cons. 30° y STC Rol N° 804-07, cons. 10° a 12°; incluso, el Tribunal ha construido la garantía desde el derecho de propiedad (STC Rol N° 698-06, cons. 9°, letra f). Las sentencias referidas dan cuenta de cómo el Tribunal ha configurado el derecho al trabajo, principalmente, desde categorías privadas vinculadas a la contratación entre particulares. En este sentido, también se manifiesta parte de la jurisprudencia constitucional más reciente (STC Rol N° 2199-12; STC Rol N° 2213-12; STC Rol N° 2186-12; STC Rol N° 2398-13; STC Rol N° 2340-12) que, sin embargo, ha sido nuevamente contradicha por la STC Rol N° 2470.

152 STC Rol N° 1852-10, cons. 6°.

criterio presente en la redacción del texto original y recogido por la doctrina tradicional¹⁵³, se complejiza gracias a la incorporación de la protección del trabajo propiamente tal, incorporando nuevos criterios de protección constitucional del bien «trabajo». Así, sin entrar en la polémica sobre el grado de fundamentalidad del derecho, reconvierte la concepción inicial de la libertad de trabajo en el derecho a la protección del trabajo, asumiendo desde ya su condición de tal. Esta tendencia de la jurisprudencia pareciera consolidarse con una secuencia de fallos que siguen a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1852-10. Recogiendo prácticamente el mismo argumento, el Tribunal ha afirmado que el art. 19 N° 16 «no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo»¹⁵⁴. Se trata de un cambio explícito en la comprensión del contenido del enunciado normativo, que amplía la base material de protección constitucional del derecho al trabajo propiamente tal; en esta sentencia, el Tribunal ha reconocido por primera vez el rango constitucional del principio de protección del trabajador¹⁵⁵, lo que constituye una transformación muy significativa del ámbito de garantía constitucional.

Ahora bien, no es que la Constitución «extienda» el ámbito de protección al trabajo mismo; ha sido el desarrollo hermenéutico del enunciado constitucional lo que ha generado dicha ampliación. Así, el Tribunal Constitucional configura el derecho a partir de determinado contenido material del enunciado, separándose de la concepción inicial en la cual el mismo tenor literal solo protegía la libre contratación¹⁵⁶. El Tribunal construye dicho contenido desde el reconocimiento de la especial posición del trabajador en la relación jurídica que se regula y en la función social que cumple dicha actividad; de hecho, ninguno de estos criterios formó parte de la discusión en el seno de la CENC, dando cuenta de cómo evoluciona el contenido de la Constitución. Se

¹⁵³ Evans (1986), p. 216.

¹⁵⁴ STC Rol N° 2110-11, cons. 8°. En el mismo sentido se han manifestado las STC Rol N° 2114-11, STC Rol N° 2182-12, STC Rol N° 2197-12.

¹⁵⁵ Gamonal (2013), p. 438.

¹⁵⁶ Zúñiga (2011), pp. 791-798.

verifica lo que Guastini denomina una interpretación decisión, en virtud de la cual el intérprete no realiza un ejercicio cognitivo para develar el verdadero sentido y alcance del tenor literal, sino que construye argumentativamente el significado del enunciado normativo¹⁵⁷. La diferencia entre interpretación/conocimiento e interpretación/decisión es la que permite comprender la distancia que existe entre enunciado normativo y norma, entre los cuales media la interpretación. El Tribunal Constitucional se ha separado de la comprensión tradicional en materia de protección de derechos sociales, comprendiendo que del enunciado de los textos constitucionales no se desprende un único contenido correcto posible; al contrario, el eje para la determinación del valor protegido constitucionalmente radica en los argumentos que sustenten o justifiquen la decisión.

Este tránsito también puede ser verificado respecto de los fundamentos teóricos para la protección de los derechos fundamentales de carácter social, concretamente en lo relativo a la dignidad de la persona humana. A este respecto, especial consideración requiere el recurso argumentativo del Tribunal a la dignidad del trabajador como valor que fundamenta la protección de los derechos, que constituye un cambio radical en la construcción del discurso político del período que se inicia en 1973. En efecto, el derecho al trabajo ya no se configura solo desde la dignidad de la persona humana, como da cuenta la doctrina clásica¹⁵⁸: el Tribunal incorpora una categoría específica, relacionando el valor constitucional protegido normativamente (el derecho al trabajo), con el sujeto en particular que lo ejerce (el trabajador); así, el derecho ya no es sólo desde la dimensión abstracta de la dignidad humana, sino desde la consideración del trabajador en concreto y de las condiciones materiales de su ejercicio. Ello da cuenta de cómo la norma no se agota en el tenor literal del enunciado normativo, sino que se construye argumentativamente a través de su interpretación, atendiendo a la especificidad de los valores constitucionalmente garantizados.

Bibliografía citada

ALDUNATE, EDUARDO, 2005: «Hacia una Constitución de poca importancia», en Francisco Zúñiga, *Reforma Constitucional de 2005*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 67-79.

¹⁵⁷ Guastini (1999), pp. 203-204.

¹⁵⁸ Plá (1998), p. 334, Sáez (2000), p. 4.

- _____. (2008): *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- _____. (2010): «Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo», en *Revista de Derecho*, U. Austral de Chile, Vol. XXIII N° 1, pp. 79-102.
- ALEXY, ROBERT, 2002: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. (2005): «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- ATRIA, FERNANDO, 1998: «El Tribunal Constitucional y la objeción democrática», en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. XX N° 2-3, Tomo I, pp. 367-378.
- _____. (2007): *Mercado y Ciudadanía en la Educación*. Santiago: Editorial Flandes Indiano.
- BALKIN, JACK, 2007: *Original meaning and Constitutional Redemption*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, N° 227.
- BASSA, JAIME, 2008: *El Estado constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, Editorial Lexis Nexis.
- _____. (2010): «Reseña a Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008», en *Anuario de Derecho Público UDP*, N° 1 (2010), pp. 481-495 y en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N° 5 (2011), pp. 191-202.
- _____. (2011a): «Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, N° 5, pp. 15-42.
- _____. (2011b): «Neutralidad política y enseñanza del Derecho Constitucional en Chile», en Miriam Henríquez (coord.), *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*. Santiago: Asociación Chilena de Derecho Constitucional, pp. 271-289.
- _____. (2013): «La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX», en *Estudios Constitucionales*, CECOCH, Año 11 N° 2, pp. 15-46.
- _____. (2014): *Elementos para una teoría constitucional democrática*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- BASSA, J. y B. ASTE, 2015: «Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos sociales al trabajo y a la salud en Chile», en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 42, N° 1, pp. 215-244.

- BASSA, JAIME y CHRISTIAN VIERA, 2012: «Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVIII, pp. 661-683.
- BÖCKENFÖRDE, ERNEST-WOLFGAN, 2000: «Notas sobre el concepto de cambio constitucional», en Ernest-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, pp. 181-196.
- CEA, JOSÉ LUIS, 1999: *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Santiago: Universidad Austral de Chile.
- _____. (2008) CEA, José Luis: *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I, 2da Edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CELIS, GABRIEL, 2007: «Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena», en *Revista del Doctorado y Magister en Derecho*, Universidad de Chile, N° 1, pp. 43-74.
- CONTESSE, JORGE, 2002: «Reglas y principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Vol. 20, pp. 53-93.
- CORDERO, EDUARDO, 2006: «La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno», en *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 1, pp. 125-148.
- CORTINA, ADELA, 2007: «Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa», en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 5, pp. 49-73.
- DÍAZ REVORIO, FRANCISCO, 2004: *La Constitución abierta y su interpretación*. Lima: Palestra.
- ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ ANTONIO, 1994: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, 1999: *Los derechos constitucionales*, 2a edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERMANDOIS, ARTURO, 2006: *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GAMONAL, SERGIO, 2013: «El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena», en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, pp. 425-458.
- GARGARELLA, ROBERTO, 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- GÓMEZ BERNALES, GASTÓN, 1993: «Constitución, derechos esenciales y tratados», en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 27, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago.
- GUASTINI, RICCARDO, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

- HART, HERBERT L.A., 2004: *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HÄBERLE, PETER, 1996: «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución», en Peter Häberle, *Retos actuales del Estado constitucional*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- _____. (2002): *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional en la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.
- _____. (2002): «La Constitución como cultura», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6.
- _____. (2003): *El Estado constitucional*. México: U. Nacional Autónoma de México.
- HELLER, HERMANN, 2004: *Teoría del Estado*. Granada: Comares.
- HESSE, 2011: «Concepto y cualidad de la Constitución», en *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 33-56.
- HOLMES, STEPHEN y CASS SUNSTEIN, 2011: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- IRURETA, PEDRO, 2006: *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena*. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Colecciones de Investigaciones Jurídicas.
- JELLINEK, GEORGE, 1991: *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (2000): 2000: *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JORDÁN, TOMÁS, 2010: «El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales», en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *Estudios de derecho público, Actas de las XL Jornadas de Derecho Público*. Santiago: Legal Publishing, pp. 554-573.
- _____. (2013): «El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el sub-sistema privado de salud», en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, pp. 333-380.
- KELNSE, HANS, 2002: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- KENNEDY, DUNCAN, 2010: *Izquierda y derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- LOO GUTIÉRREZ, MARTÍN, 2009: «La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile», en *Revista de Derecho*, U. Católica de Valparaíso, N° 33, pp. 391-426.

- MARTÍ, JOSÉ LUIS, 2002: «El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?», en *Isonomía*, N° 17, pp. 259-282.
- MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, 1997: «Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales», en *Revista de Derecho*, UC del Norte, Año 4, pp. 133-140.
- _____. (2006): 2006: «Los derechos sociales», en Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Teoría constitucional*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 299-312.
- _____. (2008): «Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional», en *Nomos*, U. Viña del Mar, N° 2, pp. 275-292.
- _____. (2010): 2010: «Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena», *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, pp. 125-166.
- MATURANA, HUMBERTO, 2007: *La objetividad. Un argumento para obligar*. Santiago: JC Editor.
- MOUFFE, CHANTAL, 2003: *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa.
- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, 1998: «Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos», en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Número Especial, pp. 225-228.
- PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, 1998: *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- POWELL, JEFFERSON, 1985: «The Original Understanding or Original Intent», *Harvard Law Review*, Vol. 98, pp. 885-948.
- QUINTANA BRAVO, FERNANDO, 1994: *Interpretación, ratio iuris y objetividad*. Valparaíso: Edeval.
- RAWLS, JOHN, 2002: *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO, et al. (eds.), *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- RUÍZ-TAGLE, PABLO, 2001: «Una dogmática general para los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 63, pp. 179-199.
- _____. (2006): «El constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia», en Ruíz-Tagle y Cristi, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago: LOM ediciones, pp. 79-143.
- SACCO AQUINO, SABINA, 2006: «La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 3, pp. 479-508.

- SÁEZ, FELIPE y CHRISTIAN MELIS, 2000: *Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
- SÁNCHEZ, ANA VICTORIA, 2000: «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, N° 58, pp. 105-135.
- SÁNCHEZ, SANTIAGO y ANTONIO PEREIRA, 1992: «Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica», en *Revista de Derecho Político*, N° 36, pp. 257-276.
- SANT' ANA, ADRIANO, 2012: «Mutación constitucional y concreción normativa: cómo la estructura de la norma se relaciona con los cambios informales de la Constitución», en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, pp. 369-390.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, 1997-2010: *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SMEND, RUDOLF, 1985: *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SMITH, PETER J., 2011: «How Different Are Originalism and Non-Originalism?», en *Hastings Law Review*, Vol. 65, pp. 707-736.
- SOLUM, LAWRENCE, 2011: «What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory», en *Social Science Research Network*. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1825543>>.
- SQUELLA, AGUSTÍN, 2001: *Filosofía del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____. (2007): «Una descripción del Derecho», en *Isonomía*, N° 27: pp. 51-70.
- STRAUSS, DAVID, 2010: *The Living Constitution*. New York: Oxford University Press.
- VALADÉS, DIEGO, 2003: «Estudio introductorio», en Peter Häberle, *El Estado constitucional*. México DF: Universidad Autónoma de México, LXXXVII.
- VERDUGO, MARIO; EMILIO PFEFFER; HUMBERTO NOGUEIRA, 2002: *Derecho Constitucional*, 2a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERDUGO, SERGIO y JOSÉ FRANCISCO GARCÍA, 2013: «El (mal) uso de la técnica originalista de interpretación. A propósito del caso de Luciano Cruz-Coke», en *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 10, pp. 137-156.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, 1991-1992: «La propietarización de los derechos», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIV, pp. 281-291.
- VIERA, CHRISTIAN, 2013: *Libre iniciativa económica y Estado social*. Santiago: Thomson Reuters.
- VIVANCO, ÁNGELA, 2008: «La píldora del día después», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 3, pp. 543-577.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, 2003: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5ª edición. Madrid: Trotta.

_____. (2005): *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta.

ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA, 2011: «El derecho a la vida y a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria», en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N°1, pp. 37-64.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, 2003: «Reformas constitucionales para un Estado social y democrático de Derecho», en *Colección Ideas*, Año 4, N° 33.

_____. (2008): «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 20, pp. 83-109.

_____. (2011): «Comentario a la sentencia recaída en cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 26 Bis del Código del Trabajo (STC Rol N° 1852/2010, de 26 de Julio de 2011)», en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N°2, pp. 791-798.

Índice temático

- Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 180, 196, 314, 431
- Ciudadanía, 32, 38, 41, 49, 97, 99, 108-112, 115, 129, 133, 238, 317, 352, 353
- Constitución de 1833, 31-33, 36-39, 263
- Constitución de 1925, 130, 170, 263
- Constitución de 1980, 9, 10, 49, 57, 60, 70, 78, 130-132, 143, 168, 170, 178, 191, 263, 263, 269, 290, 356, 406, 408, 409, 418, 470, 471, 477
- contenido esencial, 212, 325-327, 340, 341
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 57, 66, 74-76, 85, 86, 95, 143, 148, 210, 287, 304, 305, 377, 383, 387-389
- Corte Suprema, 65, 67, 138, 139, 146, 249, 273, 274, 285, 300, 302, 303, 306, 308, 382, 396-398, 407-410, 412, 414-419, 423, 430, 459, 460, 463, 464, 470-472
- Derecho a la vida, 56, 57, 69, 74, 75, 84, 85, 87, 94, 98, 107, 114, 131, 134, 135, 140, 142, 145-148, 185, 200, 211, 223, 243, 289, 294-296, 305, 353, 362, 370, 371, 390, 419, 424, 468
- Derechos sociales, 94, 100, 103, 104, 108-115, 129, 142, 225, 241, 246, 247, 360, 374, 377, 378, 389-393, 399, 465, 470, 472, 473, 475-477, 480
- Destinatarios de los derechos fundamentales, 104, 161, 165, 177, 178, 198, 357
- dignidad humana, 56, 58-68, 76, 84, 87-89, 95, 119, 121, 135, 143, 153, 155, 156, 171, 189, 212, 213, 299, 336, 349, 350, 368, 371, 381, 389, 480
- Eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, 178, 179, 181, 244, 381
- Eficacia procesal directa, 179-182, 184, 198
- efecto vertical de los Derechos Fundamentales, 198, 357
- Estado de Derecho, 14, 110, 167, 297, 302, 337, 358
- Fuerza normativa de la Constitución, 168, 170
- Igualdad, 25, 27, 29, 38, 50, 59, 61, 82, 100, 107, 108, 113, 119-122, 128, 129, 131, 133, 136, 142, 144, 148, 169, 213, 219, 247, 252, 290, 299, 301, 307, 308, 331, 352, 358, 392-396, 419, 424, 439, 443, 446, 467, 468

Interpretación de derechos fundamentales, 310

libertad de empresa, 328, 331-334, 338-341, 415

Libertad de expresión, 75, 76, 83, 126, 137, 210, 215, 218, 219, 231, 239, 243, 252, 289, 303, 340, 362, 376, 468

Límites a los derechos fundamentales, 11, 56, 327

Neoconstitucionalismo, 162-165, 168, 199, 323, 439

Penumbra del tipo iusfundamental, 81, 85, 86

ponderación, 11, 69, 73, 85, 209-211, 222, 226-228, 230, 231, 246, 248, 293-296, 301, 303, 307, 315, 316, 318, 324, 328, 329, 334, 341, 351, 415, 449

principio de proporcionalidad, 11, 207, 219, 222, 226-231, 241, 247, 248, 250, 251, 285-289, 292, 295, 297-304, 306, 307, 309-311, 313-317, 328-330, 333, 334, 341, 380, 385, 390, 425

quóruns supramayoritarios, 252

recurso de amparo, 191, 406-409, 412, 432

recurso de amparo económico, 416, 417

recurso de protección, 81, 127, 128, 134, 139, 141, 151, 173, 177-179, 182-186, 308, 406, 408-411, 413-417, 428

Reserva de ley, 173, 251, 257-266, 269-274, 278, 280-282

supremacía constitucional, 97, 164-167, 169-170, 172, 183, 186-188, 191-193, 197, 381, 456

teoría absoluta del contenido esencial, 329, 330, 332, 335

teoría relativa del contenido esencial, 330, 332, 336, 341

tipo iusfundamental, 56, 78, 81, 85, 86

Titularidad, 11, 16-18, 22-24, 32, 96, 97, 102, 119-156, 181, 183, 237, 327, 332, 345, 358-362, 369, 370, 440, 475

Tribunal Constitucional, 49, 67, 73, 74, 76, 80-83, 89, 97, 121, 122, 124, 130, 133, 135-137, 141, 143-149, 152, 162, 166, 176, 177, 180, 186-191, 194-196, 211, 212, 220, 226, 229, 236, 240, 248-250, 265, 266, 271, 272, 274, 276, 281, 297-299, 302, 307, 310-316, 325-328, 330, 333, 335, 336, 338, 343, 367, 368, 389, 397, 398, 430, 431, 432, 441, 455, 454, 463, 464, 471, 473, 474, 475, 477-480

DERECHO EN DEMOCRACIA

La colección “Derecho en Democracia” de LOM ediciones constituye un esfuerzo por ampliar la discusión acerca del derecho y las ciencias sociales y potenciar los valores de igualdad, libertad, dignidad y democracia que se expresan y garantizan mediante las normas, principios y prácticas jurídicas. Se trata de una serie de textos que promueven el análisis, la reflexión y la divulgación de investigaciones que critican los conceptos profesionalizantes y formalistas del derecho, hoy predominantes en Latinoamérica.

Cada uno de los libros publicados en la presente colección ha sido sometido a una rigurosa evaluación realizada bajo la responsabilidad de un comité científico integrado por los siguientes académicos:

PAULA AHUMADA FRANCO
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

DANIEL ÁLVAREZ VALENZUELA
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

MONTSERRAT CASTRO HERMOSILLA
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

PABLO RUIZ-TAGLE VIAL
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

FRANCISCO SOTO BARRIENTOS
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

COLECCIÓN DERECHO EN DEMOCRACIA

Cuando la costumbre se vuelve ley

La cuestión penal y la pervivencia
de los sistemas sancionatorios
indígenas en Chile

Myrna Villegas Díaz
Eduardo Mella-Seguel
Prólogo de Raúl Zaffaroni



DERECHO EN DEMOCRACIA

Cinco repúblicas y una tradición

Constitucionalismo chileno
comparado

Pablo Ruiz-Tagle



DERECHO EN DEMOCRACIA

La Constitución chilena

Una revisión crítica a
su práctica política

Jaime Bassa Mercado
Juan Carlos Ferrada Bórquez
Christian Viera Álvarez



DERECHO EN DEMOCRACIA

Igualdad, inclusión y derecho

Lo político, lo social y lo jurídico
en clave igualitaria

Fernando Muñoz León (editor)



DERECHO EN DEMOCRACIA



Universidad Austral de Chile
Consejo de Rectoría

ESTE LIBRO HA SIDO POSIBLE POR EL TRABAJO DE

COMITÉ EDITORIAL Silvia Aguilera, Mario Garcés, Ramón Díaz Eterovic, Tomás Moulian, Naín Nómez, Jorge Guzmán, Julio Pinto, Paulo Slachevsky, José Leandro Urbina, Verónica Zondek, Ximena Valdés, Santiago Santa Cruz, María Emilia Tijoux
SECRETARÍA EDITORIAL Marcela Vergara **EDICIÓN** Braulio Olavarría, Héctor Hidalgo
PRODUCCIÓN EDITORIAL Guillermo Bustamante **PRENSA** Tania Toledo, Isabel Machado
PROYECTOS Ignacio Aguilera **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN EDITORIAL** Leonardo Flores, Max Salinas, Gabriela Ávalos **CORRECCIÓN DE PRUEBAS** Raúl Cáceres **COMUNIDAD DE LECTORES** Francisco Miranda, Paula Malhue **VENTAS** Elba Blamey, Olga Herrera, Daniela Núñez **BODEGA** Francisco Cerda, Hugo Jiménez, Maikot Calderón, Lionel Díaz, Juan Huenuman, Viviana Santander **LIBRERÍAS** Nora Carreño, Ernesto Córdova
COMERCIAL GRÁFICA LOM Juan Aguilera, Elizardo Aguilera, Danilo Ramírez, Eduardo Yáñez, Ernesto Guzmán **SERVICIO AL CLIENTE** José Lizana, Ingrid Rivas **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN COMPUTACIONAL** Luis Ugalde, Pablo Barraza **SECRETARÍA COMERCIAL** María Paz Hernández **PRODUCCIÓN IMPRENTA** Carlos Aguilera, Gabriel Muñoz **SECRETARÍA IMPRENTA** Jasmín Alfaro **PREPrensa** Daniel Alfaro **IMPRESIÓN DIGITAL** William Tobar **IMPRESIÓN OFFSET** Rodrigo Véliz **ENCUADERNACIÓN** Rosa Abarca, Andrés Rivera, Edith Zapata, Pedro Villagra, Romina Salamanca, Fernanda Acuña, Iván Peralta, Angie Alvarado **MENSAJERÍA** Cristóbal Ferrada, Ignacio Aliste **MANTENCIÓN** Jaime Arel **ADMINISTRACIÓN** Mirtha Ávila, Alejandra Bustos, César Delgado, Matías Muñoz.

L O M E D I C I O N E S