

**REVISTA
DE
DERECHO**

Universidad de Concepción^{MR}

INDICE

	Pág.
Consideraciones sobre la lesión, en especial en el derecho chileno. RAMON DOMINGUEZ AGUILA	7
Las comunidades hereditarias en la Ley de Impuesto a la Renta (Artículo 5º L.I.R.- La ficción del "muerto vivo"). ELIZABETH EMILFORK SOTO	35
Apuntes sobre la existencia, concepto y contenido del Derecho Ambiental. RODRIGO GUZMAN ROSEN	81
El sistema de Derecho Administrativo chileno. Una revisión crítica desde una perspectiva histórica. JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ	99
Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente? CLAUDIO NASH ROJAS	119
Análisis de ciertos "acontecimientos" internacionales al amparo del estado actual de desarrollo de la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos. XIMENA GAUCHE MARCHETTI	147
Indivisión y partición en el derecho francés. MAURICIO TAPIA RODRIGUEZ	175
Daños punitivos, desarrollos contemporáneos en los Estados Unidos de América. OMAR MORALES CARRASCO	211
El deber de evitar o mitigar el daño. RODRIGO FUENTES GUÑEZ	223
¿Cuándo entra a regir el convenio judicial preventivo? LUIS EUGENIO URBILA GRANDI	249
Apelación laboral. HECTOR OBERG YÁÑEZ	255
Elogio a la uniformidad del derecho, elogio a la diversidad en el derecho. RODOLFO SACCO	279
Sobre los Tribunales Tributarios. AUGUSTO PARRA MUÑOZ	295
JURISPRUDENCIA	
Comentarios de Jurisprudencia. RAMON DOMINGUEZ AGUILA	305
Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil. A propósito de un fallo reciente. JOSE LUIS DIEZ SCHWERTER	317

Año LXXIII N^{os} 217-218 REVISTA DE DERECHO Universidad de Concepción^{MR} ENERO-JUNIO, JULIO-DICIEMBRE 2005

N^{os} 217-218
Año LXXIII
Enero-Junio, Julio -Diciembre 2005
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



**REVISTA
DE
DERECHO**

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

DIRECTOR
JOSE LUIS DIEZ SCHWERTER

SUBDIRECTOR
CARLOS ALVAREZ NUÑEZ

SECRETARIO
MARCELO FERREIRA BIZAMA

COMITE EDITORIAL
RAMON DOMINGUEZ AGUILA
JESUS ESCANDON ALOMAR
RENE RAMOS PAZOS
HECTOR OBERG YANEZ

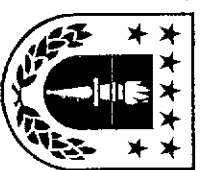
REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
DERECHOS RESERVADOS
Universidad de Concepción
Registro N° 594.332 abril-2001
ISSN N° 0303-9986

Se permite la reproducción total o parcial de los artículos citando la fuente.

Las ponencias publicadas en esta revista sólo expresan la posición de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión de la institución editora de ésta.

Pedidos, suscripciones, venta y distribución:
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Casilla 160-C, Correo 3
Teléfono: (56)-(41) 2204542 - Fax: (56)-(41) 2259136
www.revistaderederecho.cl
E-mail: revistaderederecho@udec.cl
CONCEPCION - CHILE

N^{os} 217-218
Año LXXIII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2005
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA
DE

DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENDIENTE?*

CLAUDIONASH ROJAS
Doctorando en Derecho
Universidad de Chile

INTRODUCCION

El año 2005 fue aprobada una reforma a la Constitución Política de Chile que se tradujo en un nuevo texto constitucional¹. Esta reforma, atendidas las materias reformadas, es sólo equiparable a la del año 1989, que dio inicio al proceso de democratización del texto constitucional de 1980. Las modificaciones del 2005 han dado origen a un debate sobre sus alcances; en particular sobre si esta reforma implica una nueva Constitución para Chile. Más allá de esta cuestión, parece necesario plantear una discusión sobre la insuficiencia de los cambios que se han realizado en la Constitución Política en materia de derechos fundamentales y cómo la práctica jurisprudencial y las opiniones doctrinales siguen sosteniendo una visión restrictiva de los derechos consagrados constitucionalmente.

El objetivo de este trabajo es contrastar la concepción de los derechos

* El presente trabajo surgió a partir de la preparación de mi tesis de doctorado en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco a MECESUP la beca que permitió una estancia de investigación en las universidades Autónoma de Madrid y Pompeu Fabra (Barcelona) en el primer semestre de 2006, donde comenzó a gestarse este artículo. Asimismo, agradezco a Mariano Fernández, Claudia Sarmento y Alta Tabucco por sus comentarios que permitieron mejorar la forma y el fondo de este trabajo.

¹ Texto refundido, coordinado y sistematizado, fijado por Decreto Supremo N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2005, que incluye las modificaciones introducidas al texto constitucional por la Ley N° 20.050.

fundamentales en el constitucionalismo chileno, con las tendencias actuales del constitucionalismo comparado y proponer algunos argumentos sobre la necesidad de llevar adelante un proceso de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales.

El punto de comparación será el constitucionalismo democrático desarrollado en Europa y adoptado por buena parte del constitucionalismo latinoamericano. Iniciando el siglo XXI es relevante estudiar cómo estos estándares son un desafío para nuestro país si queremos vivir en un sistema democrático constitucional en forma.

Comenzaré fijando un marco de análisis sobre las reformas constitucionales y los derechos fundamentales (I); justificación de los derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno (II); modelo integral de derechos fundamentales desarrollado en el constitucionalismo comparado (III); el catálogo de derechos (IV); estructura de los derechos fundamentales (V); las funciones de los derechos fundamentales (VI) y conclusiones (VII).

I. MARCO DE ANÁLISIS: CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE REFORMA

En primer lugar, es necesario configurar el contexto en el cual se han desarrollado las reformas a nuestro texto constitucional. Cualquier intento de análisis dogmático debe insertarse en un cierto *ethos* cultural y normativo, en este caso, un modelo democrático constitucional de convivencia. Exploraré la construcción conceptual y la experiencia histórica sobre la relación entre Constitución y derechos fundamentales, para luego establecer el vínculo entre democracia, Estado de Derecho y derechos humanos. Este breve esbozo conceptual permitirá determinar en qué áreas se han producido los cambios constitucionales en Chile y dónde existe una deuda pendiente en materia de reformas.

1. La relación entre la Constitución y derechos fundamentales

La estrecha relación entre la Constitución y los derechos fundamentales ha sido destacada por la filosofía política contemporánea. Un buen ejemplo es la visión sobre la democracia constitucional desarrollada por Rawls, tal vez la propuesta más influyente del último cuarto del siglo XX. Rawls en materia constitucional plantea la necesidad de formular las "preguntas fundamentales para las cuales los valores políticos de esa concepción [se refieren] a una concepción

política completa] den respuesta razonable"² y la primera de esas preguntas es, precisamente, cuáles son los elementos constitucionales esenciales. La respuesta la busca Rawls planteando un esquema de cuatro etapas: la primera define los principios de justicia, la segunda las bases constitucionales, la tercera es la legislativa y la cuarta, la aplicación judicial.³ En el esquema rawlsiano la cuestión de consagrar ciertos derechos es un paso necesario que sigue a la elección de los principios de justicia para configurar "la justicia de las formas políticas y escoger una constitución", es decir, es el paso de la primera a la segunda etapa. Para Rawls este proceso implica decidir dos cuestiones: "los principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político" y los "derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa ha de respetar"⁴. De esta forma, la Constitución debe ser reflejo de los principios de justicia en el ámbito de la estructura básica de la sociedad y a través de su texto vincular al Legislativo y al Poder Judicial. Todo ello lleva a comparar la conclusión de Rawls:

"...en la medida en que hay un sólido acuerdo sobre los elementos constitucionales esenciales y se consideran razonablemente justos los procedimientos políticos establecidos, se podrá conservar normalmente la aceptada cooperación social entre ciudadanos libres e iguales en derechos".

En este sentido, las propuestas teóricas que intentan una explicación sobre la justicia y en particular, las Teorías de la Justicia en el ámbito de lo público, hoy predominantemente tienen un punto de partida en los derechos⁵. En el esquema rawlsiano, los derechos (básicamente las libertades) estructuran todo el ordenamiento de una sociedad y constituyen un cierto núcleo que queda al margen de las decisiones de las mayorías. De ahí la relevancia de determinar en el texto constitucional cuál será la estructura de poder y los derechos que en mejor forma reflejen los principios de justicia.

Así como un análisis desde la filosofía política destaca los elementos centrales de un modelo constitucional, también desde la dogmática constitucional se ha desarrollado la idea de los derechos fundamentales como uno de los ejes que determina las bases de la convivencia y de la legitimidad de la institucionalidad democrática. En esta perspectiva se ha distinguido entre Constitución ortodoxa

² J. Rawls, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 216.

³ J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995 (1971), pp. 187-192.

⁴ Rawls, *op. cit.*, nota 2, p. 217.

⁵ *Ibidem*, p. 219.

⁶ J. Moroso, "Derechos y justicia procesal imperfecta", en *Decisiones*, No. 1, año I, No. 1, año 2000.

e institucional⁷. El constitucionalismo ortodoxo persigue la protección de los derechos fundamentales de libertad y con ese fin estructura el Estado, mientras que el constitucionalismo republicano enfoca sus objetivos en los temas de gobierno y estructura política, en el entendido que éstos son los mejores mecanismos para garantizar los derechos fundamentales. Ambos modelos, aunque con énfasis diferentes, no escapan a esta dualidad de toda democracia regida constitucionalmente: estructura de poder y derechos fundamentales.

Desde la praxis, el proceso de codificación del derecho público desarrollado a partir del siglo XVIII determinó los elementos que debían configurar un modelo constitucional. El principio que inspiró la codificación fue la consagración de los derechos individuales como objetivo central del diseño institucional sistematizado en el texto constitucional⁸. Este proceso tuvo un gran impacto en América Latina en el marco del desarrollo institucional de las nuevas repúblicas⁹.

En resumen, el acercamiento teórico justifica por qué la estructura básica de una sociedad debe ser reflejo de ciertos principios y por qué éstos se manifiestan en estructuras orgánicas institucionales y derechos fundamentales que vinculan a los poderes del Estado. Por su parte, un acercamiento histórico nos muestra cómo se han resuelto estas mismas cuestiones de organización de la toma de decisiones colectivas y la consagración de ciertos derechos mínimos de los individuos como forma de convivencia. Ambas perspectivas permiten concluir que la consagración de los derechos individuales ha estado en el centro de las preocupaciones del constitucionalismo desde sus orígenes.

2. Democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales

Una mirada actual permite concluir que el constitucionalismo está estrechamente vinculado con dos cuestiones: a) la forma en que se resuelve la toma de decisiones colectivas (estructura del poder) manifestada en la parte orgánica de las constituciones, y b) la consagración constitucional de los derechos individuales en el ámbito de los principios que estructuran el modelo de

⁷ En esta materia seguimos un trabajo reciente de R. Cristi y P. Ruiz-Tagle: "Constitutionalism" (material de estudio distribuido en Curso Derecho Público, primer semestre 2004, Programa de Doctorado en Derecho Universidad de Chile), 2004.

⁸ C. Nash, "La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿Continuidad o cambio?", en *Seguimiento del Código Civil Chileno*, M. Tapia, et al. (editor), Lexis Nexis, 2005, pp. 1151-1192.

⁹ Una buena visión crítica de este proceso en R. Gargarella, "Las amenazas del constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia", Seminario SELA 2001, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2002, pp. 3-18.

convivencia constitucional (derechos fundamentales), expresada en la parte dogmática de los textos constitucionales.

A estas cuestiones se debe agregar un nuevo elemento. La forma en que el Estado resuelva la estructura de poder y cómo diseñe un modelo de derechos fundamentales no puede estar ajena a una cierta idea de democracia y de Estado de Derecho¹⁰. Sin perjuicio del modelo de democracia que uno adopte, no puede pensarse que las cuestiones de estructura del poder y las reglas para tomar decisiones colectivas pueden definirse aisladamente, sin un modelo coherente que articule una cierta visión del rol del Estado y la forma en la cual se expresará la regla de mayorías.

La experiencia histórica nos ha demostrado los problemas que pueden surgir cuando el principio de mayorías es aplicado sin límites sustantivos (el ejemplo más relevante fue la Alemania nazi). La respuesta ha sido el fortalecimiento del Estado de Derecho. Un entendimiento del Estado de derecho, como expresión material y no meramente formal, se manifiesta en al menos tres ámbitos: la vinculación del poder con la ley, el límite al poder a través de la consagración de derechos mínimos y sus mecanismos de garantía. Cada uno de estos elementos limita, pero en ningún caso suplantará, a la regla de mayorías, entendida ésta como un mecanismo que permite la toma de ciertas decisiones colectivas en una sociedad democrática¹¹.

Esta, que ha sido normalmente una preocupación desde el ámbito del constitucionalismo, ha pasado a ser una preocupación del orden internacional. Un buen ejemplo en este sentido es una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, refiriéndose al contenido y alcance de los derechos políticos, retoma una idea expresada al inicio de su jurisprudencia:

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros¹².

¹⁰ Uno no puede dejar de mencionar que la relación entre democracia y derechos fundamentales no ha sido pacífica, incluso podría verse un problema de tensión entre ambos. Una de las críticas más fuertes en este sentido, ver J. Walton, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, USA, New edition, 2001.

¹¹ Un buen estudio de la relación del Estado de Derecho y la democracia en E. W. Beckenford, "La democracia como principio constitucional", en *Ensayos sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Irota, 2000, pp. 118-131.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama*, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C No 127, párr. 191. La cita original corresponde a: Opinión Consultiva *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25, 1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No 8, párr. 26.

De esta forma, es claro que tanto para el constitucionalismo como para el derecho internacional de los derechos humanos, los derechos y sus garantías no son neutrales en relación con el Estado de Derecho y el régimen democrático. Desde esta perspectiva no es posible pensar en un Estado de Derecho meramente formal (preocupado sólo de la supremacía de la ley o de la regla de mayorías), sin goce y ejercicio de los derechos humanos y sin un sistema de garantías efectivo de estos derechos. La tendencia actual es clara en orden a abrazar una visión sustantiva del Estado de Derecho. Esta relación entre democracia, Estado de Derecho y derechos humanos se vincula con la concepción de un Estado Democrático de Derecho, donde la actividad del Estado se define tanto por su respeto de los derechos como por su efectiva garantía de los mismos¹³.

3. Las cuestiones centrales en la reforma 2005

Teniendo claro cuál es el marco de análisis es posible entrar a estudiar hacia dónde apuntan las reformas constitucionales del año 2005. Es factible afirmar, con cierta certeza, que las reformas constitucionales apuntaron a cuestiones vinculadas con la estructura de poder y los mecanismos de toma colectiva de decisiones, con el fin de establecer una democracia mínimamente aceptable basada en el principio de la participación¹⁴. Las reformas estuvieron dirigidas, principalmente, a eliminar los enclaves autoritarios, legitimar ciertos órganos centrales para el modelo de democracia constitucional, establecer ciertos equilibrios entre los poderes y resolver otras cuestiones estructurales.

La estructuración de un modelo democrático, sin enclaves autoritarios, busca configurar un modelo de democracia representativa sin tutelas. En este sentido están dirigidas las principales reformas del 2005, fundamentalmente, a quitar el rol político de las fuerzas armadas y establecer cierto respeto por la democracia representativa, eliminando la figura de los senadores institucionales.

En orden a legitimar ciertos órganos centrales para el modelo de democracia constitucional, la democratización de la configuración del Tribunal Constitucional es un paso en este sentido. Lo mismo ocurre con la nueva regulación del Consejo de Seguridad, que deja su rol de garante de la institucionalidad.

¹³ Sobre los alcances del Estado Democrático de Derecho, ver L. Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en M. Carobonell (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, pp. 13-30.

¹⁴ Hablamos de un Estado mínimamente democrático, ya que en la medida que siga pendiente la reforma al sistema binominal, desarrollando un sistema que permita una efectiva representación política de mayorías y minorías, no será posible hablar ni siquiera formalmente de un sistema democrático en nuestro país.

La idea de fortalecer un esquema de poderes con mayores contrapesos entre los distintos órganos del Estado, principalmente, fortaleciendo la actividad parlamentaria, está directamente vinculada con la idea de una nueva estructura de poder. En el mismo sentido, se fortalece el rol de fiscalización de la Cámara de Diputados.

De esta forma, el núcleo de la reforma 2005 está dirigido a establecer un sistema aceptable de gobierno democrático¹⁵.

4. Otras modificaciones

La reforma contempló otras modificaciones, por ejemplo, en el ámbito de la incorporación de las normas internacionales al orden jurídico interno (reforma art. 50 de la Constitución). Asimismo, se incorporan nuevos principios constitucionales: los de prohibidad y transparencia (nuevo artículo 8).

En cuanto a los derechos consagrados en el artículo 19, la reforma modificó los siguientes numerales: 3 (igualdad), 4 (vida privada y honra), 7 (libertad personal y seguridad individual) y 16 (libertad de trabajo y su protección).

Habiendo situado el contexto de la reforma del 2005, pasará a revisar los temas centrales que definen una teoría integral de los derechos fundamentales que servirá de base para contrastarla con la concepción dogmática desarrollada por el constitucionalismo chileno y de esta forma determinar qué es lo que falta para contar con un modelo decente en materia de derechos fundamentales.

II. JUSTIFICACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO

Analizaré a continuación cuál ha sido la justificación para incorporar los derechos fundamentales al texto constitucional y por tanto, cuál ha sido el modelo de derechos fundamentales con el que ha operado el constitucionalismo chileno.

1. Doctrina chilena de los derechos fundamentales entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX

Las justificaciones de los derechos individuales en la primera etapa del constitucionalismo chileno se fundaron sobre las ideas desarrolladas por la

¹⁵ Ver, "Seminario: Reformas del año 2005 a la Constitución de la República de Chile", en *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006, pp. 73-105.

escolástica española y las ideas jusracionalistas del siglo XVIII, recogidas por el movimiento constitucionalista del s. XIX. Esta doctrina parte del supuesto que los derechos individuales son una noción anterior a la sociedad civil y el Estado no hace sino reconocer estos derechos, pero no los otorga. Esta línea de pensamiento vincula los derechos individuales con derechos naturales, respecto de los cuales la ley interna—incluida la constitucional—debe estar subordinada. Los derechos son manifestaciones de principios vinculantes para el legislador, quien no puede contrariarlos.

En el pensamiento jusracionalista del s. XVIII los derechos fundamentales (entendiéndolo por tales aquellos derechos individuales consagrados en la Constitución) se vinculan con la idea del pacto social y una visión de la sociedad civil como continuadora del estado de naturaleza que reconoce estos derechos y se manifiestan en la estructura social a través de derechos que el Estado debe proteger y garantizar. Buen ejemplo de esta visión lo da un autor de fines del siglo XIX, Huneeus, quien nos señala que la Constitución “enumera” los derechos naturales del hombre¹⁶, por su parte, Amunátegui, uno de los principales constitucionalistas de mediados del siglo XX en Chile, se inclina por la idea de los derechos fundamentales como expresión de las “facultades naturales del hombre” y sostiene que el constitucionalismo del siglo XIX fue “reconociendo” estos derechos individuales, el cual no es necesario siquiera para su ejercicio.¹⁷

La doctrina chilena desde la segunda mitad del siglo XVIII partió de una idea *jusracionalista* y explícitamente contractualista, otorgando a la Constitución un único sentido, cual es garantizar y dar protección a los derechos fundamentales del hombre, que le son propios e intrínsecos¹⁸.

En cuanto a la concepción de los derechos fundamentales, la doctrina clásica sostiene la idea de los derechos fundamentales como una expresión de libertades públicas¹⁹, donde el reconocimiento de los derechos naturales en el

¹⁶ J. Huneeus, “Derecho constitucional comparado”, en *Obras de don Jorge Huneeus*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1891, p. 37.

¹⁷ G. Amunátegui, *Principios generales del derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953, pp. 303-304, 307.

¹⁸ Para Huneeus, la Constitución (1833) debe enumerar los derechos naturales del hombre y asegurar su cumplimiento y “garantizar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales” y en términos más amplios, servir de límite a los poderes constituidos. Amunátegui sostiene la existencia a priori de los derechos y sobre esta base asigna a la Constitución (1925) el deber de reconocer los derechos individuales y consagrar su existencia.

¹⁹ Las libertades públicas surgen en el debate de Francia postrevolucionaria con una clara dimensión positivista. Se caracterizan por limitar a las mayorías estableciendo en la legislación ciertos “derechos de autonomía”, esto es, un ámbito exento para el libre desenvolvimiento individual frente a la intervención estatal (G. Recas-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid).

texto constitucional tendrá como objetivo central establecer ciertas limitaciones al poder del Estado que permita el libre desenvolvimiento del ser humano o, como lo expresa claramente Amunátegui, “armonizar al Estado con su autoridad y al individuo con su libertad”²⁰.

2. Normativa y dogmática contemporánea sobre derechos fundamentales en Chile a la luz del constitucionalismo comparado

En primer lugar en el texto constitucional de 1980—reformado—sigue primando una fundamentación *insustancialista* (artículos 1 inciso 1°, 5 inciso 2° y 19 de la Constitución²¹) y una consagración de los derechos fundamentales como límites al Estado antes que obligaciones de actuación, tal como se desprende del catálogo de derechos constitucionales del artículo 19. En efecto, el articulado de la Constitución ha seguido muy de cerca la visión restrictiva de los derechos que sostiene C. Schmitz²², en la cual sólo se establecen como derechos fundamentales aquellos vinculados a la protección negativa de los sujetos; estos es, aquellos que permiten limitar la actuación del Estado respecto del ámbito íntimo de la persona.

En segundo lugar, la Constitución establece la protección de los derechos a través de un mecanismo procesal (recurso de protección, art. 20)²³, es una innovación en materia de garantías. Esta acción, si bien es un avance, es limitada ya que está destinada a garantizar sólo parte del catálogo de derechos.

En tercer lugar, los derechos constitucionales se han entendido princi-

Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999, pp. 29-31; A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos-Madrid, 1984).

²⁰ G. Amunátegui, *op. cit.*, nota 17, p. 303.

²¹ Artículo 1, inciso 1°: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Artículo 5, inciso 2°, primera parte: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas”.

²² C. Schmitz, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universitaria, Textos, Madrid, 1992.

²³ Artículo 20: “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, números 1º, 2º, 3º, inciso cuatro, 4º, 5º, 6º, 9º, inciso 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 inciso cuatro, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquier persona a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada” (este inciso fue agregado en la Reforma 2005).

palmente como libertades negativas, ignorando las obligaciones positivas y prestaciones a que dan lugar. En cuanto a los límites, tampoco en la praxis jurisprudencial se aplican criterios claros de ponderación en la resolución de los conflictos entre principios constitucionales.

En cuarto lugar, en materia de protección de los derechos fundamentales no ha habido en nuestra praxis judicial una aplicación directa del catálogo constitucional; en este sentido no sólo la jurisprudencia, sino que nuestra doctrina tiene una mirada programática y no normativa de la Constitución²⁴. De la misma forma, no se da la aplicación directa de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. La reforma del art. 5 de la Constitución²⁵ no ha tenido efectiva utilización en la práctica jurisprudencial, que ha sido renuente a la aplicación directa de los instrumentos internacionales²⁶.

A partir de estos elementos voy a desarrollar una crítica que justifica la necesidad de una reforma integral en materia de derechos fundamentales en nuestra Constitución Política.

III. MODELO INTEGRAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES DESARROLLADO EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

A partir de la segunda mitad del siglo XX se desarrolla en Europa una concepción fuerte de los derechos fundamentales como parte de un nuevo acercamiento al tema constitucional²⁷. Esta concepción de los derechos fundamentales desarrollada por el constitucionalismo contemporáneo, fundamentalmente la vertiente "democrática constitucional" (denominada por

²⁴ Claro ejemplo de esto es la tendencia cada vez mayor a consagrar en las leyes la obligación de cumplir con los derechos constitucionales, ver Código Procesal Penal, Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (Nº 20.084), entre otras.

²⁵ Artículo 5º: "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

²⁶ C. Medina y C. Nash, "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrinal", en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, No 1, diciembre 2003, pp. 63-80.

²⁷ A estos efectos una concepción fuerte de los derechos fundamentales implica su consagración con rango constitucional y el diseño de mecanismos institucionales, incluidos jurisdiccionales, para su garantía.

algunos "neo-constitucionalismo"), ha sido adoptada, con ciertas modificaciones, por el constitucionalismo latinoamericano²⁸. Según esta visión, los derechos fundamentales²⁹ debieran contemplar al menos los siguientes aspectos:

- a) deben ser incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- b) deberían comprender una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente; esta visión amplia de los derechos implica la consagración de derechos no sólo de libertad, sino que derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- c) en todo sistema de derechos fundamentales se debe desarrollar un cuerpo de eficaces mecanismos de protección de los mismos, en cuanto derechos efectivamente exigibles frente a la autoridad;
- d) a la vez, un sistema normativo que consagra derechos fundamentales debe contemplar un rol activo de los órganos judiciales en cuanto intérprete de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores. Si los derechos fundamentales van a ser aplicados, muchas veces será necesaria su interpretación; ahí el rol de los tribunales es evidente; si además van a ser exigibles, su rol es esencial.

Cualquiera sea la concepción de los derechos fundamentales, ésta se define a partir de la forma en que cada sistema normativo constitucional resuelve algunos elementos esenciales para su configuración: a) *catálogo*: a partir de los catálogos se define cuáles son los derechos a los que se dará el carácter de fundamentales por el ordenamiento jurídico de los estados; b) *estructura*: sobre qué valores y principios se sustentan estos derechos; cuáles son las obligaciones que surgen para el Estado y cuáles son sus límites, y c) *funciones*: con qué finalidad se consagran estos derechos como normas *insfundamentales* y qué medidas orgánicas y procedimentales se diseñan con el fin de garantizar la efectividad de estos

²⁸ Las particularidades de la concepción desarrollada por la justicia constitucional latinoamericana están dadas, fundamentalmente, por la incorporación de estándares internacionales en materia de derechos humanos para ampliar la protección de los derechos fundamentales. Claros ejemplos de esta tendencia son los casos de Costa Rica y Colombia.

²⁹ Esta nos parece que es la concepción más adecuada de los derechos fundamentales: sin perjuicio de lo cual, a efectos de claridad del artículo, usaremos para el caso chileno esta misma noción "derechos fundamentales", aunque pudiera discutirse su procedencia. Para un debate sobre la concepción de los derechos fundamentales, ver C. Nash, "Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros", en *Revista de Derecho Pública*, volumen 67, año 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 73-100.

derechos en el ámbito jurisdiccional del Estado.

A partir de este esquema voy a contrastar la forma en que se han resuelto estas cuestiones en el modelo constitucional chileno, con el modelo desarrollado por el constitucionalismo comparado.

IV. EL CATALOGO DE DERECHOS

Una de las primeras cuestiones que debe resolver toda Constitución es el tema de la consagración de un catálogo de derechos. Esta no es una cuestión que haya sido tratada de manera uniforme. Es factible pensar en constituciones sin un catálogo de derechos³⁰, aunque ésta no ha sido la experiencia latinoamericana ni chilena.

Si se resuelve por el constituyente que el texto constitucional debe consagrar un catálogo de derechos, es necesario resolver cuáles son los derechos que integrarán dicho catálogo y cómo se estructurarán.

La tendencia que se desarrolló durante el siglo XX y, en particular, en su segunda mitad, ha sido que los derechos fundamentales corresponden a aquellas pretensiones morales que han sido positivizadas en los textos constitucionales³¹. Esta visión ha ido ampliándose para incorporar dentro del concepto de derechos fundamentales a otras normas, más allá de aquellas desarrolladas en los catálogos constitucionales.

Esta discusión nos lleva a replantearnos el sistema de fuentes de los derechos fundamentales. Un interesante aporte en esta área lo formula Peces-Barba, quien define las fuentes de derechos fundamentales en términos amplios "como todo lo que en el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales"³².

¿Cómo se generan los derechos fundamentales en la Constitución chilena a la luz de la propuesta de Peces-Barba? La tesis de Peces-Barba es especialmente interesante en el caso chileno, ya que en virtud de la reforma constitucional del año 1989 se incorporaron a la Constitución las normas sobre derechos humanos

³⁰ Este fue el diseño original de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (luego los derechos entraron al diseño constitucional a través de las enmiendas). También el actual texto constitucional francés (de 1958) no contempla un catálogo de derechos.

³¹ En cuanto pretensión moral justificada, los derechos fundamentales tienden a facilitar la autonomía e independencia sobre la base de la libertad e igualdad; como subsistema jurídico, lo central es que los derechos fundamentales deben expresarse en términos de derechos, esto es, ser incorporados técnicamente a una norma; y en su relación con la realidad social, los derechos fundamentales están condicionados por ciertas realidades que no pueden ser ignoradas, tales como condiciones económicas, sociales y políticas que favorecen, dificultan o impiden su efectividad (Peces-Barba, *op. cit.*, nota 19, pp. 109-112).

³² *Ibidem*, p. 489.

contenidas en los tratados vigentes en Chile (art. 5 inc. 2º). De esta forma se han ampliado las fuentes de los derechos fundamentales, ya que éstos no sólo serán creados por el acto fundacional del texto constitucional, sino que también en las instancias internacionales³³.

Un segundo elemento interesante a partir de la noción de Peces-Barba es la idea de que todo el ordenamiento jurídico puede ser fuente de derechos fundamentales, incluyendo medidas dispuestas por órganos con capacidad de configuración de estos derechos. En este sentido, tendrían calidad de fuentes de los derechos fundamentales los actos emanados del Poder Legislativo que los configuren; los actos administrativos que actúen en esta línea; finalmente, la actividad judicial será central para poder configurar el contenido y alcance de estos derechos, en la medida que para resolver las causas que sean puestas en su conocimiento vayan configurando su contenido práctico.

Otra mirada que no puede dejar de estar presente en un análisis sobre el catálogo de derechos es la institución del "Bloque de Constitucionalidad". Esta institución desarrollada en el constitucionalismo europeo desde hace varias décadas³⁴ ha cobrado nuevos contornos en la jurisprudencia constitucional latinoamericana³⁵. El "Bloque de Constitucionalidad" hace referencia a una institución mediante la cual es posible atribuir el rango de normas constitucionales a ciertos derechos que se encuentran fuera del catálogo constitucional, cumpliendo con las mismas funciones en tanto baramo de constitucionalidad. De esta forma, los derechos que integran el "Bloque de Constitucionalidad" podrán servir para realizar el control de constitucionalidad, cumplirán funciones de protección, etc.

En Chile ésta es una cuestión interesante ya que después de la reforma de 1989 al inciso 2º del artículo 5 de la Constitución, es posible sostener que la normativa internacional, con su desarrollo jurisprudencial, junto con los derechos consagrados en el texto constitucional, constituyen un "Bloque de Constitucionalidad" que debe servir como baramo de constitucionalidad y que obliga a todos los órganos del Estado en virtud de lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución Política.

³³ C. Nash, "La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena", en *La aplicación judicial de los tratados internacionales*, II SA-Colombia, 2006, pp. 149-183.

³⁴ L. Favoret, "Ponencia francesa", en *El Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pp. 19-21.

³⁵ En particular, ver el desarrollo de esta institución en la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana: C-225/1995, C-358/1997, C-191/1998, T-568/1999 y C-567/2000. También es interesante el desarrollo que en esta materia se ha dado en Argentina a partir de la reforma constitucional de 2004 que dio rango constitucional a algunos tratados de derechos humanos (art. 75 N° 22).

De esta forma, el catálogo de derechos fundamentales en la actual Constitución Política es más amplio que el proyectado por sus redactores originales. Desafortunadamente, esta posición no se ha reflejado en forma suficiente en la jurisprudencia nacional, la que ha usado las normas internacionales básicamente como apoyo o refuerzo en los razonamientos y no como normas que le permitan decidir directamente.³⁶ Ello podría hacer pensar en la necesidad de adecuar el texto constitucional, de forma tal que se superen las dudas que puedan surgir de una lectura restrictiva de la Constitución.

V. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Aquí hay dos cuestiones que puedan ser interesantes de analizar desde la óptica de la estructura de los derechos fundamentales: los principios que unifican los derechos fundamentales y las obligaciones que emanan para el Estado a partir de su consagración.

1. Principios estructurales de los derechos fundamentales

El constitucionalismo democrático, en particular en su desarrollo jurisprudencial en Latinoamérica, nos presenta los **derechos fundamentales** como expresión de valores **insufundamentales** que son recogidos por los textos constitucionales y también consagrados por los instrumentos internacionales. Los derechos fundamentales están vinculados con valores que inspiran los textos constitucionales y se expresan a través de normas, principalmente principios y reglas.³⁷

Los derechos consagrados en el texto constitucional chileno no son el reflejo de los valores relevantes en el actual contexto histórico. En efecto, los derechos consagrados en la Constitución de 1980 tienen un énfasis en las libertades (entendidas como libertades negativas), sin que expresen un adecuado desarrollo en materia de derechos de participación y los derechos sociales, como es característico en el constitucionalismo actual.³⁸ Los derechos consagrados no recogen plenamente los derechos de participación (por ejemplo hay una consagración formal del derecho a

³⁶ C. Medina y C. Nash, *op. cit.*, nota 26, pp. 63-80.

³⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002, pp. 115 ss.

³⁸ Reces-Barba, *op. cit.*, nota 19. Un tema que comienza a abrirse paso en el debate constitucional es la idea de ciertos derechos colectivos o difusos. Esta categoría presenta un desafío al constitucionalismo nacional de cara al futuro. Para un estudio sobre esta figura ver: C. Marinho *et. al.*, *Las acciones colectivas*, Lexis Nexis, Argentina, 2005. Ensayo en deuda con Mariano Fernández por este alcance.

sufrejo, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima); en cuanto a los derechos sociales, en materias de salud, educación, trabajo, los derechos son tratados principalmente como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por parte del Estado.

En la Constitución chilena los derechos de libertad son el núcleo central que ha seguido el constituyente, la columna vertebral del entramado de derechos del artículo 19. Así, en el texto constitucional encontramos manifestaciones de la libertad negativa, o libertad de protección en el artículo 19 numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24, en los cuales el Estado debe preocuparse de no intervenir en la actividad de los privados, debe proteger ese ámbito de libertad personal en las esferas íntima, personal y social.³⁹ También se desarrollan los derechos de libertad en sentido de libertad para la participación⁴⁰, en el art. 19 numeral 14.

Los derechos de igualdad los encontramos consagrados como derecho de igualdad ante la ley en el artículo 19 numerales 2 y 3, como igualdad de formación del derecho y trato en los numerales 17, 20 y 22; como manifestaciones de una cierta igualdad de hecho en el numeral 18 en materia de prestaciones de seguridad social.

Finalmente, como manifestaciones de derechos de igualdad en cuanto a normas de mandatos de organización del aparato del Estado, nos encontramos con los numerales 9⁴¹, 10⁴² y 11⁴³, relativos a la protección de la salud y el derecho

³⁹ En esto seguimos la terminología de R. Alexy, *op. cit.*, nota 37, pp. 353-354.

⁴⁰ En esto seguimos a Reces-Barba, ver Reces-Barba, *op. cit.*, nota 19, p. 225.

⁴¹ Artículo 19 No 9: "El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

"Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

"Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presenten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

"Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado."

⁴² Artículo 19 No 10: "La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

"Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

"El Estado promoverá la educación parvularia.

"La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

"Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación."

⁴³ Artículo 19 No 11: "La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales."

a la educación. Estos numerales permiten ejemplificar la tesis de que los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional a través de su artículo 19 son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos que son clásicamente derechos de igualdad de facto como la salud y la educación, en nuestro texto constitucional se establecen como mandatos de organización y actuación del Estado y no como derechos exigibles directamente del Estado, como sí ocurre con las normas vinculadas con libertades negativas, salvo en cuanto al inciso tercero del numeral 10 que establece claramente un derecho a la educación gratuita. Es interesante en este sentido la reforma propuesta por el ejecutivo en 2006, tendiente a modificar el alcance del numeral 10 del art. 19, en el sentido de consagrar un derecho a la educación de "calidad" y garantizar dicho derecho a través de la acción de protección constitucional del art. 20 de la Constitución⁴⁴.

Una puesta al día de la Constitución debiera implicar una revisión completa y de fondo del catálogo de derechos. Las modificaciones que ha sufrido no son suficientes⁴⁵. Atendida la concepción restrictiva que impera en el articulado constitucional, se hace necesario pensar en una nueva disposición de los intérpretes (principalmente tribunales superiores y tribunal constitucional) y una nueva redacción de las normas. En este sentido, los avances en esta materia en el constitucionalismo comparado, principalmente, la idea del "Bloque de Constitucionalidad", no se ha desarrollado en Chile, limitando las posibilidades de desarrollo por una vía distinta a la reforma constitucional.

2. Las obligaciones que emanan de los derechos fundamentales y sus límites

2.1. Contenido y alcance de las obligaciones del Estado

Para hacer comprensible la estructura de los derechos fundamentales es necesario hacer una referencia a las obligaciones que asume el Estado como destinatario de estos derechos.

Para la posición tradicional liberal del constitucionalismo, los derechos fundamentales implican una obligación de abstención por parte del Estado, esto

⁴⁴ El proyecto de reforma incorpora el siguiente inciso 4º al art. 19 N°10: "Correspondent al Estado, asimismo, resguardar el derecho a la educación, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, velar por la calidad de ésta; estimular la investigación científica y tecnológica; la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación".

⁴⁵ Leyes 18.825 de 1989, 19.055 de 1991, 19.519 de 1997, 19.611 de 1999, 19.634 de 1999, 19.742 de 2001, 19.876 de 2003 y 20.050 de 2005.

es, los derechos constituyen un límite a la actividad estatal⁴⁶. No obstante, en el constitucionalismo comparado surge la idea de que el Estado no sólo debe abstenerse de afectar ciertos derechos de las personas, sino que también debe realizar ciertas prestaciones⁴⁷. Esto ha dado origen al desarrollo de las obligaciones prestacionales por medio de las cuales el Estado adquiere el deber de desarrollar acciones positivas para dar cumplimiento a ciertos derechos.

Esta visión compleja de las obligaciones del Estado ha sido desarrollada ampliamente por el derecho internacional de los derechos humanos. Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos son dos: respetar el contenido de cada derecho (ya sea a través de acciones positivas o abstenciones) y garantizar adecuadamente su goce y ejercicio (a través de procedimientos y organización de la actividad estatal)⁴⁸.

De esta forma, lo relevante respecto de cada derecho será que las medidas sean las apropiadas para lograr que éstos puedan ser efectivamente gozados por los individuos. Ello implica que las medidas sean las necesarias en una sociedad democrática, esto es, que puedan ser objeto de control democrático y que sean conducentes a la obtención del fin esperado.

Respecto de las obligaciones del Estado, la Constitución chilena consagra una norma que nos parece central, el art. 6 sobre las "bases de la institucionalidad". Este artículo expresamente establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentran no sólo las normas del art. 19, sino que las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (art. 5).

A partir de las reformas a la Constitución de 1980 y con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al "Bloque de constitucionalidad" de los derechos, es evidente que se han incorporado las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, a la luz de la jurisprudencia internacional relativa al contenido y alcance de dichas

⁴⁶ Según Lowenstein, "La ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual - los derechos individuales y libertades fundamentales-, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder", K. Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 153.

⁴⁷ "Esto no es todo [abstención]. El hombre moderno pide a los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas, sino que hacer ciertas otras. Por tanto, se impone la necesidad de un sistema de Derecho público que dé un fundamento y una sanción a esta obligación positiva" L. Duguit, *Las transformaciones del Derecho*, Editorial Heliasa, Buenos Aires, 1975, p. 25.

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.

obligaciones. Sin perjuicio de que esta interpretación aparezca como razonable, la práctica no la ha seguido. Por ello, si queremos una aplicación conforme con estándares internacionales de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, es necesario un fuerte cambio de mentalidad y comenzar a pensar desde una perspectiva de derechos y, por tanto, interpretar los derechos como parte del núcleo central de la convivencia en sociedad.

2.2. La restricción de los derechos fundamentales

Se acepta en el constitucionalismo y en el derecho internacional de los derechos humanos que los derechos fundamentales pueden no ser absolutos en algunos casos (salvo casos de tortura, libertad de conciencia, entre otros: a los que sí se les asigna esta condición) y por tanto pueden ser objeto de límites legítimos.

Los límites de los derechos pueden ser de dos clases: suspensión de derechos y restricción de los mismos. A efectos de este artículo nos vamos a concentrar en el tema de las restricciones de derechos.

Para un análisis del alcance de las restricciones legítimas de los derechos fundamentales voy a seguir los estándares internacionales en la materia, que son los que mejor reflejan el estado de la cuestión en la actualidad.

Toda restricción a los derechos humanos, para su legitimidad, debe cumplir con ciertos requisitos: estar expresamente establecidas por ley; perseguir uno de los objetivos legítimos señalados por los instrumentos internacionales; ser necesarias, para la consecución de tales objetivos y ser proporcionales al fin buscado, estos es, no deben ir más allá de lo estrictamente requerido por la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado.⁴⁹

En Chile esta materia debe ser analizada a la luz de lo preceptuado en el art. 19 N° 26 de la Constitución⁵⁰. Esta norma es confusa y estrecha. Es confusa en cuanto podría ser interpretada como una autorización al legislador para afectar los derechos legítimamente en la medida que no se afecte su "esencia", en circunstancias que toda restricción de derechos debiera estar prohibida, salvo aquellas que cumplan con ciertos requisitos mínimos de legalidad, objetivos

⁴⁹ Medina y Nash, *op. cit.*, nota 26, pp. 29-31.

⁵⁰ Artículo 19 N° 26: "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 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". Esta norma es confusa ya que podría implicar que la afectación de los derechos está permitida en la medida que no se afecte su "esencia", en circunstancias que toda restricción de derechos debiera estar prohibida, salvo aquellas que cumplan con ciertos requisitos mínimos de legalidad, objetivos legítimos y necesidad de las medidas.

legítimos y necesidad de las medidas. También es estrecha ya que no aborda el tema de las restricciones en forma completa, sino que las limita a este mandato al legislador, sin establecer otros requisitos mínimos para la restricción de derechos (objetivos legítimos, necesidad, proporcionalidad, etc.).

En esta materia lo que correspondería sería una norma que aclare la forma en que pueden restringirse legítimamente los derechos a la luz de los estándares internacionales en la materia.

2.3. Solución de conflictos entre derechos fundamentales

En materia de restricciones de las obligaciones del Estado respecto de los derechos fundamentales, una de las hipótesis es que surjan conflictos entre derechos fundamentales, los que deben ser resueltos en forma coherente con un sistema integrado de derechos como el que hemos venido sosteniendo.

Como criterios generales en materia de conflictos de derechos y restricción de los mismos podemos señalar:

- a) no debiera asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona;
- b) en caso de conflicto de principios, se debiera ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto;
- c) el juicio de ponderación debiera tener presente el alcance particular de los derechos en conflicto, algunos de ellos con un contenido no sólo individual, sino que social, algunos con una vinculación directa con el sistema democrático, etc.; esto plantea la cuestión de ciertos derechos que debieran contar con una presunción de mayor gravedad en cuanto a su restricción, que aquellos derechos con un objetivo puramente individual;
- d) la decisión del procedimiento de ponderación debe tener, en cuanto a la situación de los sujetos involucrados, consideración de la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y en consecuencia, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos;
- e) las medidas de restricción de los derechos en conflicto debieran ser las menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente;
- f) el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio como vinculante para todos los órganos del Estado;

g) la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados, con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

Si bien el texto constitucional recoge una visión compleja de las normas constitucionales, en la cual hay expresión de valores, principios, reglas y procedimientos, esto no se ha reflejado adecuadamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Las decisiones sobre conflictos entre derechos fundamentales siguen operando como si éstos estuvieran expresados en el texto constitucional sólo como reglas y no como principios.

Un claro ejemplo de que la visión predominante sobre el texto constitucional es parcial, pensado como un simple conjunto de reglas, en la forma en que se ha planteado deben resolverse los conflictos entre derechos constitucionales. Sobre esta materia ha habido una tendencia a aceptar las tesis del profesor José Luis Cea⁵¹, sobre una jerarquía de los derechos establecidos en la Constitución a partir del número en que se recogen en el catálogo del artículo 19; esta tesis de la jerarquía ha sido seguida por otros autores⁵².

Asimismo, la tesis numerológica ha sido seguida por la jurisprudencia. Una sentencia de importancia en este sentido fue la dictada respecto al recurso de protección interpuesto para impedir la publicación y circulación del libro *Inmortalidad Diplomática* escrito por Francisco Martorell. En dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago hizo prevalecer el derecho a la honra por sobre el derecho a la libre expresión, basándose en el orden numérico de los derechos humanos enumerados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵³. Este argumento no resiste análisis desde el punto de vista de la teoría integral de los derechos fundamentales. Los conflictos entre principios no pueden resolverse haciendo prevalecer, en forma general, uno sobre otro, sino que la decisión de si la limitación de un derecho para favorecer a otro es o no es lícita, debe necesariamente resolverse caso a caso, de acuerdo a un proceso de ponderación entre principios atendidas las particulares circunstancias de cada caso⁵⁴.

⁵¹ J.L. Cea, *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, pp. 171-175.

⁵² Verdugo *et al.*, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, como I, 1994, p. 197.

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, rol N° 983-93.

⁵⁴ R. Alexy, "Epítifogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002, pp. 13-64.

VI. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Nociones generales

Los derechos fundamentales han desarrollado una doble faz: objetiva, en cuanto se les asigna una función como elemento legitimador tanto del sistema jurídico como del sistema político democrático; otra subjetiva, en tanto cumplen una función de protección de derechos subjetivos⁵⁵.

En su faz objetiva los derechos fundamentales tienen un rol como "principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho"⁵⁶. En su faz subjetiva, que es el sentido clásico de los derechos fundamentales, éstos deben ser capaces de dar una efectiva protección a los derechos subjetivos de los individuos, en cuanto éstos reflejan valores esenciales para la dignidad del ser humano. La función protectora se manifiesta en: a) la garantía de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales, b) en el establecimiento de procedimientos para la protección judicial y organizativa y c) por vía interpretativa irradiando el contenido de todo el ordenamiento jurídico.

2. Funciones de los derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno

2.1. Función objetiva

A partir de lo dispuesto en los artículos 1 (incisos 1° y 4°), 5 (incisos 1° y 2°) y 6 de la Constitución, se puede construir un argumento serio sobre los derechos fundamentales como un elemento legitimador de las actuaciones de los órganos del Estado en Chile. En efecto, en el artículo 1 del texto constitucional hay dos elementos centrales desde la perspectiva de los derechos individuales, el primero es la visión que tiene de los seres humanos como "libres e iguales en dignidad y derechos" y luego, el deber del Estado de dar "protección" a la población y "asegurar" el derecho a la participación. Esa visión tiene consecuencias centrales en toda la estructura constitucional al delimitar la soberanía del Estado (art. 5) y fijar la competencia de todos los órganos del Estado (arts. 6 y 7).

Si los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben "respetar y promover" los derechos que están garantizados por la Constitución, tanto en el

⁵⁵ K. Hesse, "El significado de los derechos fundamentales", en Benda *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Exap-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 90-91; A. Pérez Luño, *op. cit.*, nota 19.

⁵⁶ Hesse, *op. cit.*, nota 55, pp. 90 y 92.

propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (art. 5), entonces los derechos fundamentales vigentes en Chile serán el elemento que dará legitimidad a las decisiones que tomen todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Aquí nuevamente nos encontramos con un tema de cultura jurídica. Será interesante ver cómo resuelve el nuevo Tribunal Constitucional a partir de las funciones que le han sido asignadas en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las normas⁵⁷. La posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas a partir de los derechos fundamentales y de los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos es un desafío que aún está pendiente en nuestra jurisprudencia constitucional. Al efecto no puede dejar de recordarse el caso sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo"⁵⁸, resuelto por el antiguo Tribunal constitucional sin hacer mención siquiera a los tratados internacionales en la materia⁵⁹.

2.2. Función subjetiva

Los derechos fundamentales en el texto constitucional chileno cumplen parcialmente con una de las funciones centrales que se les ha asignado, cual es, una efectiva protección de los derechos subjetivos de los individuos. Nuestra Constitución sigue un criterio restrictivo en dos aspectos: en materia de consagración de los derechos y en materia de protección de los mismos.

Si analizamos el texto del artículo 19 de la Constitución, vemos que los derechos que están consagrados como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente al Estado son aquellos que establecen ciertas libertades negativas, tales como el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, la libertad de conciencia, entre otros.

Si bien se consideran otros derechos, éstos están redactados no como derechos exigibles jurisdiccionalmente sino que, más bien, como aspiraciones del individuo. Asimismo, aquellos derechos de contenido social no son regulados como derechos directamente exigibles, sino que están estructurados como libertades negativas (art. 19 N^{os} 9, 10 y 11).

Si nuestro constitucionalismo se tomara en serio la incorporación de las

⁵⁷ Artículo 93 N^{os} 6 y 7.

⁵⁸ Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 1995, rol No 226.

⁵⁹ Sobre los alcances de las normas de derecho internacional en la jurisprudencia nacional ver: C. Medina y C. Nash, *op. cit.*, nota 26, pp. 71-80.

normas internacionales en el ámbito interno, debieran establecerse mecanismos adecuados para garantizar los derechos consagrados en el orden internacional⁶⁰. Por otra parte, si asumimos la idea de un "Bloque de Constitucionalidad" en nuestra Constitución, los derechos consagrados internacionalmente debieran ser exigibles en el ámbito interno con rango de normas constitucionales y por tanto, debieran obligar a todos los órganos del Estado (art. 6) a su cumplimiento en el ámbito de cada una de las funciones que desarrollen. Asimismo, el "Bloque de Constitucionalidad" nos permite sostener que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de participación, consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, han adquirido rango constitucional y por tanto, obligan a todo el aparato del Estado (efecto de irradiación de los derechos fundamentales), incluido el Poder Legislativo y el Judicial en el ámbito de sus competencias⁶¹.

3. Mecanismos de garantía

3.1. Garantía no jurisdiccional

La garantía de los derechos fundamentales puede darse por vía no jurisdiccional a través de la propia normativa y también a través de ciertos órganos que pueden tener incidencia en su control. Dentro de las garantías normativas están las regulaciones sobre limitaciones de derechos (resricciones y suspensiones de derechos) y ciertas instituciones normativas (núcleo esencial de los derechos), entre otras.

En cuanto a los órganos que pueden tener impacto destacan instituciones tales como Defensorías del Pueblo (o Ombudsman), Ministerios Públicos, Defensorías Públicas, entre otras.

En Chile están vigentes algunas de las medidas de garantía normativa. Especial relevancia tiene la regulación de las medidas de suspensión de derechos, que ha sido objeto de modificación en este proceso de reforma, intentando adecuar su regulación a estándares internacionales en la materia⁶². También la Constitución consagra una norma sobre contenido esencial de los derechos (art. 19 N^o 26)

⁶⁰ Un estudio sobre las acciones de amparo en el sistema interamericano a la luz de los estándares internacionales en C. Ayala, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Jurídica Venezolana, 1998.

⁶¹ Agradecido a Alta Trabucco por hacerme ver los alcances de esta cuestión en el constitucionalismo nacional.

⁶² Las principales normas internacionales en la materia son el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

que debiera ser estudiada ya que tal como hemos señalado *supra*, adolece de problemas de redacción que pueden implicar una limitación adicional a los derechos fundamentales.

En lo orgánico existen avances, en particular en materia de justicia procesal penal (creación de un Ministerio Público y Defensoría Penal Pública) y justicia de familia (tribunales especiales sobre familia). El gran déficit se presenta en el campo de la creación de una Defensoría del Pueblo u Ombudsman, reforma que ha estado presente desde el inicio de la transición a la democracia.⁶³

3.2. *Garantía jurisdiccional: Pendiente el lema del amparo y su concordancia con las obligaciones internacionales*

En cuanto a la garantía jurisdiccional, conceptualmente ésta debiera verse reflejada tanto en órganos y procedimientos (principalmente recursos y procedimientos jurisdiccionales), así como en prácticas jurisprudenciales. Sólo de esta forma los derechos fundamentales pueden cumplir con las funciones que les han sido asignadas por el constitucionalismo comparado. Nos referimos principalmente a las funciones objetivas (sistema de valores que sirve de barómetro para estructurar las actividades de todos los órganos del Estado) y subjetivas (protección de derechos subjetivos consagrados con rango de infundamentales) de los derechos fundamentales.

En cuanto a la protección procedimental y organizativa de los derechos, no se ha seguido la idea desarrollada en el constitucionalismo comparado en orden a vincular expresamente la consagración de los derechos fundamentales con los mecanismos para su protección, tanto en el plano de recursos efectivos como de organización del Estado.⁶⁴

Un comentario aparte merece el rol de la actividad judicial. La garantía de los derechos fundamentales también debiera contemplar su protección a través de un activo rol judicial. El sistema constitucional nacional sólo contempla un rol de legislación negativa del Tribunal Constitucional y una minimizada actuación de los tribunales ordinarios a través del "recurso de protección" contemplado en el art. 20 de la Constitución que sólo garantiza algunos derechos constitucionales.⁶⁵

⁶³ De hecho una de las primeras reformas propuestas por los gobiernos de transición fue la creación de un Ombudsman, la que hasta esta fecha no se ha concretado.

⁶⁴ *Illesse, op. cit.*, nota 55, pp. 101-104.

⁶⁵ Es interesante en esta materia tener presente que la regulación de la acción de protección establecida por la Constitución fue destruida por la Corte Suprema a través de un Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales (dictado en 1992 y modificado en 1998) en que se asumió una posición especialmente restrictiva en materia de requisitos de admisión.

De esta forma, el texto constitucional no contempla un recurso sencillo y rápido para la protección de todos los derechos fundamentales tal como lo exige la normativa internacional⁶⁶. Por ello, es lamentable que la propuesta para adecuar la protección de los derechos mediante una verdadera acción de amparo o tutela haya sido desechada por el constituyente del 2005.

Especialmente relevante en esta materia es que los órganos jurisdiccionales asuman un enfoque de derechos para velar por el respeto de los derechos fundamentales en cada una de las actuaciones del poder estatal. La Constitución como texto normativo y no meramente programático y los derechos fundamentales como criterio de interpretación debieran estar presentes en toda la actividad jurisdiccional.

Estos elementos permiten concluir que en materia de mecanismos de protección jurisdiccional es necesaria una reforma sustantiva al texto constitucional. También es importante un cambio en materia de cultura jurídica, dirigida a un claro enfoque de derechos que permita una real garantía de los derechos fundamentales en el orden constitucional.

3.3. *Garantía internacional: Sistemas de protección y su vínculo con la protección interna. La interacción de ambos sistemas*

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y velar por su integridad de sentido y función. Vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales.

⁶⁶ Artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

En cuanto a la interacción jurisdiccional, ésta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso jurisdiccional, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de éstos. Si bien la responsabilidad internacional del Estado surge al violarse alguno de los derechos establecidos internacionalmente, el mecanismo procedimental internacional, en general, es complementario de la instancia nacional; sólo de forma excepcional tendrá un carácter preferente.

Esta perspectiva está claramente expresada en el principio del agotamiento de los recursos internos, esto es, en el establecimiento de la condición de que el caso sea visto por la instancia nacional antes de ser llevado a la jurisdicción internacional⁶⁷. Sólo excepcionalmente la persona tiene la posibilidad de dirigirse directamente ante la instancia internacional y será en aquellos casos en que no es posible hacerlo ante la instancia nacional, ya sea por imposibilidad material o por imposibilidad práctica⁶⁸. La protección jurisdiccional internacional está llamada a determinar la compatibilidad de la conducta estatal con sus obligaciones internacionales, pero además la función de garantizar los derechos de los individuos interpretando adecuadamente las normas, señalándole al Estado las medidas que debe adoptar para evitar la repetición de los hechos violatorios y reparar a las víctimas.

A partir de la reforma constitucional de 1989 en materia de derechos fundamentales y de la ratificación de una serie de tratados internacionales que contemplan procedimientos de protección de los derechos humanos, es posible sostener que en Chile los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación. Una visión integral de la protección debe tener un componente normativo y otro jurisdiccional, así como un mecanismo eficaz—hoy inexistente—para hacer exigibles en el ámbito interno las resoluciones dictadas por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, sean estos jurisdiccionales (Corte Interamericana) o cuasijurisdiccionales (Comisión Interamericana y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas).

Un sistema integrado de protección de derechos humanos aún está en ciernes en Chile, donde parece prevalecer cierta visión de la protección internacional como una protección ajena e incluso contraria a la soberanía

⁶⁷ C. Medina y C. Nash, *op. cit.*, nota 26.

⁶⁸ A modo de ejemplo ver art. 46 de la CADH y art. 5.2 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

nacional⁶⁹. Esta visión atrasada da cuenta de un mundo ya pasado y un entendimiento antiquiloso del Derecho.

VII. CONCLUSIONES

Habiendo hecho esta breve fundamentación sobre las necesidades de abocarse a una reforma integral en materia de derechos fundamentales, paso a algunas conclusiones:

1. La Constitución Política vigente, aun tras los dos procesos de reforma (1989 y 2005) mantiene un modelo restrictivo en materia de derechos fundamentales.
2. Para hacerse cargo de los problemas en el modelo constitucional sobre derechos fundamentales, en particular en materia de catálogo de derechos, estructura y funciones, es necesario una reforma integral de las bases de la institucionalidad y no bastan meros cambios cosméticos como los que ha sufrido el texto constitucional en esta materia a la fecha.
3. Es central que el constitucionalismo nacional adopte una nueva perspectiva en materia de derechos fundamentales, que asuma los enormes avances que se han producido en este campo, tanto en el constitucionalismo comparado como en el derecho internacional de los derechos humanos.
4. Es necesario que todos los involucrados en el tema constitucional asuman un enfoque de derechos en la fundamentación de las materias vinculadas a los derechos fundamentales.
5. En el campo normativo es necesario avanzar en temas vinculados al catálogo de derechos, dando espacio a nuevos enfoques de los derechos, en particular regular adecuadamente derechos de igualdad y derechos de participación.
6. Asimismo, en el campo normativo es necesario seguir realizando esfuerzos para regular las materias vinculadas con los límites de los derechos fundamentales, en particular los sistemas de restricción y suspensión de derechos.
7. En la praxis jurisprudencial es necesario que todos los órganos involucrados (Tribunal constitucional, cortes de justicia) asuman un enfoque de efectiva protección de los derechos fundamentales como parte de su rol de efectivos garantes de la Constitución.

⁶⁹ Un claro ejemplo de esta visión, aún fundada en conceptos obsoletos como el de "soberanía nacional", es la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2002, rol N° 346).

8. Es necesario poner al día nuestra estructura orgánica y crear una Defensoría del Pueblo que tenga funciones que le permitan la protección de los derechos fundamentales de las personas.

9. También los órganos no jurisdiccionales deben adoptar una clara perspectiva de protección de los derechos fundamentales. Todo el aparato del Estado debe asumir como uno de los roles centrales de su quehacer la vigencia efectiva de estos derechos, de forma tal que todas las personas puedan gozar y ejercerlos en forma plena.

10. En materia de procedimientos, es necesario regular adecuadamente una acción de amparo o tutela que efectivamente recoja los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

11. Es necesario regular un mecanismo claro y expedito para cumplir con las resoluciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos.