



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Programa de Doctorado en Derecho**

**LA CONCEPCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN  
LATINOAMERICA. Tendencias jurisprudenciales**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

**Tesista**

Claudio Nash Rojas

**Directores**

Cecilia Medina Quiroga

Hugo Omar Seleme

**Santiago, marzo 2008**



# Contenidos

<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>IX</b>
<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>XI</b>
<b>CAPITULO I. SISTEMAS NORMATIVOS HUMANITARIOS.....</b>	<b>1</b>
<b>I. INTRODUCCION.....</b>	<b>3</b>
<b>II. CODIFICACION Y DERECHOS.....</b>	<b>4</b>
1. CONCEPTO Y CONTEXTO HISTORICO .....	4
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	5
3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN .....	6
4. METODOLOGIA DEL PROCESO CODIFICADOR .....	7
<b>III. SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>7</b>
1. JUSTIFICACION TEORICA DE LA CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES.....	7
2. EVOLUCION HISTORICA DE LA CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	18
<b>IV. SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL .....</b>	<b>21</b>
1. JUSTIFICACION TEORICA DE LA CONSAGRACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	22
2. LA EVOLUCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO INTERNACIONAL: UNA MIRADA EXPLICATIVA .....	31
3. HITOS PRINCIPALES DE LA EVOLUCION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	38
4. PRINCIPIOS Y PROPOSITOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	41
<b>CAPITULO II. PRECISIONES CONCEPTUALES Y METODOLOGICAS .....</b>	<b>45</b>
<b>I. PRECISIONES CONCEPTUALES.....</b>	<b>47</b>
1. CONCEPTO Y CONCEPCION .....	47
2. EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	48
<b>II. SISTEMAS NORMATIVOS Y SELECCION DE JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>53</b>
1. LOS SISTEMAS NORMATIVOS EUROPEOS A ESTUDIAR: ALEMANIA Y ESPAÑA .....	53
2. LOS SISTEMAS NORMATIVOS LATINOAMERICANOS A ESTUDIAR: CHILE, COLOMBIA Y COSTA RICA .....	61
<b>CAPITULO III. ESTANDAR NORMATIVO: ESTRUCTURA .....</b>	<b>71</b>
<b>I. CASO MARTORELL.....</b>	<b>74</b>
<b>II. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS Y LA RESOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS EN LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES.....</b>	<b>77</b>
<b>III. ESTANDAR NORMATIVO DE ESTRUCTURA COMPLEJA: JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA.....</b>	<b>81</b>
1. ESTRUCTURA COMPLEJA: PRINCIPIOS Y REGLAS .....	82
2. LA RESOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN SISTEMA COMPLEJO DE NORMAS.....	84
3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	87
<b>IV. ESTANDAR NORMATIVO DE ESTRUCTURA COMPLEJA: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO FUENTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>99</b>
1. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE EMANAN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: COLOMBIA .....	100
2. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE EMANAN DE PRINCIPIOS INTERNACIONALES: COSTA RICA .....	104
3. LA CONCRECION DE LOS ALCANCES DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE EXPRESAN DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVES DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: COSTA RICA .....	106
<b>V. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y UNA FORMA DE DAR EFECTIVIDAD A LOS DERECHOS EN EL AMBITO INTERNO. ....</b>	<b>108</b>
1. COMPATIBILIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO .....	108
2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO ....	109

VI. APLICACION DE LA CONCEPCION SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS ESTANDARES NORMATIVOS SOBRE DERECHOS SUBJETIVOS EN EL CASO CHILENO.....	111
--	-----

**CAPITULO IV. ESTANDAR NORMATIVO: EL CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO ..... 116**

I. CASOS VIH/SIDA .....	119
II. EL CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO .....	123
III. ESTANDAR NORMATIVO DE CONTENIDO COMPLEJO: OBLIGACIONES PRESTACIONALES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA .....	133
1. ALEMANIA .....	135
2. ESPAÑA .....	138
3. COLOMBIA.....	141
4. COSTA RICA .....	152
5. PERÚ Y ARGENTINA.....	154
IV. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y CON LA EFICIACIA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	159
1. COMPATIBILIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO .....	159
2. UNA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO ....	160
V. APLICACION DE LA CONCEPCIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LOS ESTANDARES NORMATIVOS SOBRE DERECHOS SUBJETIVOS EN EL CASO CHILENO.....	161

**CAPÍTULO V. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL..... 168**

I. CASO <i>LA ULTIMA TENTACION DE CRISTO</i> .....	171
II. LA CENSURA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	173
III. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS INTERNACIONALMENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL .....	174
1. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL EN EUROPA .....	176
2. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL EN LATINOAMERICA: COLOMBIA, COSTA RICA, ARGENTINA Y PERÚ .....	184
IV. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y CON LA EFICIACIA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	202
1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS .....	202
2. UNA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO ....	203
V. APLICACION DE LA CONCEPCIÓN SOBRE RECEPCION CONSTITUCIONAL DE LAS NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO CHILENO.....	204

**CAPITULO VI. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..... 213**

I. CASO CARCELES EN CHILE .....	216
II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACION DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD .....	220
III. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS MECANISMOS DE GARANTIA .....	224
1. FUNCION OBJETIVA Y SUBJETIVA: EXPERIENCIA EUROPEA (ALEMANIA Y ESPAÑA) .....	225
2. MECANISMOS DE GARANTÍA .....	230
3. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU GARANTÍA JURISDICCIONAL: LA EXPERIENCIA COLOMBIANA .....	234
IV. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y CON LA EFICIACIA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	250
1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	250
2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO ....	251

V. APLICACIÓN DE LA CONCEPCION SOBRE LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU GARANTIA EN EL CASO CHILENO .....	255
1. EL RECURSO DE PROTECCION CHILENO ¿UN FIEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE DERECHOS? .....	255
2. RESOLUCIÓN DEL CASO CÁRCELES A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA: UNA REINTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS ESTÁDARES COMPARADOS .....	259
<b>CAPITULO VII. CONCEPCION DERECHOS FUNDAMENTALES. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD .....</b>	<b>263</b>
I. LA CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA .....	265
II. LA LEGITIMIDAD DEL DISEÑO INSTITUCIONAL .....	268
1. CRITICAS RADICALES .....	269
2. VISION FUERTE DE LOS DERECHOS .....	275
3. La justificación del diseño institucional sobre la base del principio del autogobierno .....	281
III. LA LEGITIMIDAD DE LA PRAXIS JURISDICCIONAL .....	286
1. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA LEGITIMIDAD DENTRO DEL DISEÑO INSTITUCIONAL .....	286
2. EFECTIVA RESPUESTA ANTE LA REALIDAD .....	292
3. CONCLUSIONES .....	293
<b>CAPITULO VIII. CONCLUSIONES Y PROYECCIONES.....</b>	<b>295</b>
I. HIPOTESIS PROBADA .....	298
II. ALGUNAS PROYECCIONES DE LA INVESTIGACION DESARROLLADA .....	307
1. MOMENTO CONSTITUCIONAL .....	308
2. REPLANTEANDO LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	309
3. NUEVA RELACION DERECHO INTERNO – DERECHO INTERNACIONAL .....	310
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>315</b>
<b>RESOLUCIONES INTERNACIONALES.....</b>	<b>326</b>
<b>JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL .....</b>	<b>327</b>
1. CORTE INTERAMERICANA.....	327
2. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....	329
3. COMITÉ DERECHOS HUMANOS .....	329
4. COMITÉ DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (NACIONES UNIDAS).....	329
<b>JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>330</b>
1. ALEMANIA .....	330
2. ESPAÑA (Tribunal Constitucional).....	330
3. CHILE .....	330
4. ARGENTINA (Suprema Corte de Justicia) .....	331
5. PERU (Tribunal Constitucional).....	331
6. COLOMBIA (Corte Constitucional).....	332
7. COSTA RICA (Sala Constitucional Corte Suprema) .....	333
<b>INDICE .....</b>	<b>335</b>



**Para Arturo  
por enseñarme la urgencia de la esperanza**



## **AGRADECIMIENTOS**

En una tesis de doctorado es mucha la gente a quien agradecer. Aún a riesgo de omitir a muchos y muchas, quiero agradecer especialmente a mis compañeras de doctorado, con quienes inicié este proceso, Verónica Undurraga, Andrea Muñoz y Leonor Etcheverry y a todos mis compañeros y compañeras del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Gracias a todos mis profesores del doctorado, María Angélica Figueroa, Daniel Peñailillo, Hugo Seleme y Sofía Correa. Asimismo, quiero agradecer a la Secretaria Ejecutiva del Programa, Bárbara Parada, por su constante colaboración en todo lo que estaba de su parte hacer para facilitar mi paso por el doctorado. Finalmente, un especial agradecimiento a mi profesor y Director Académico del Programa, profesor Pablo Ruiz-Tagle, sin cuyo aliento constante esta tesis difícilmente se habría concretado.

Estaré siempre en deuda con el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, en particular, con sus directores profesora Cecilia Medina y profesor José Zalaquett, quienes me apoyaron en todo momento para la realización de esta tesis. Al Decano de la Facultad de Derecho, profesor Roberto Nahum Anuch por la beca que me otorgó para realizar mis estudios. A la directora de la Escuela de Graduados, Maricruz Gómez de la Torre, por permitirme dictar dos cursos en el Magíster que me sirvieron para afinar muchos de los argumentos que se desarrollan en esta tesis. A la directora de Biblioteca de la Facultad de Derecho, Nora Carrión y a Marión García por las facilidades que me dieron para la búsqueda bibliográfica. Asimismo, a la Fundación Ford que me dio una beca para comenzar mis estudios de doctorado. Al MECESUP que me otorgó una beca para realizar mi estancia de investigación en España.

Fueron muchos de mis alumnos y alumnas que contribuyeron con jurisprudencia comparada, artículos y comentarios. En particular quiero agradecer de Colombia a Ana Cristina Portilla y Diana Guarnizzo y de Costa Rica a Andrea Quijano.

También son muchos los profesores con quienes he discutido aspectos particulares de esta tesis, quiero agradecer en particular a los profesores Ernesto Garzón Valdés, Víctor Abramovich, Guillermo Escobar, Rodrigo Uprimny, Enrik López. Asimismo, mis agradecimientos a Juan Carlos Bayon, José Luis Martí y José Juan Moreso, quienes guiaron mi estadía en España.

A los directores de la tesis, profesora Cecilia Medina Quiroga y profesor Hugo Omar Seleme, por su paciencia, el tiempo invertido y la rigurosidad con la que discutieron y revisaron cada línea de esta tesis. Asimismo, agradezco a Alia Trabucco y Claudia Sarmiento, quienes me aportaron observaciones de forma y fondo que hicieron presentable este trabajo.

Finalmente, a mi familia que me apoyó en todo momento de este largo camino. A mi madre y mi hermana, por su incondicionalidad. A mi padre, por su recuerdo. A mi amada esposa, Mado, por la paciencia y el incansable aliento que me dio en todos estos años que me tuvo que compartir con el doctorado. No puedo dejar de agradecer a mi hijo Arturo, a quien he dedicado esta tesis, cuyo nacimiento en medio de mis estudios de doctorado me animó a completarlos y me ha acompañado en cuerpo y alma en todo momento.

## INTRODUCCION

El origen de esta tesis radica en una intuición y en un par de convicciones (no tengo muchas más). Partamos por la intuición para luego dar paso a las certezas.

Al comenzar mis estudios de doctorado el mundo vivía días aciagos. Hacía poco tiempo se había cometido el atentado terrorista que hizo caer las Torres Gemelas de Nueva York y el mundo era testigo de un creciente retroceso en materia de derechos humanos. En medio de este proceso, se dictaron un par de sentencias de tribunales constitucionales latinoamericanos que plantearon límites a políticas de Estado que afectaban derechos fundamentales en pro de una mayor seguridad. Este hecho provocó en mí un interés particular; me daba la impresión que algo estaba ocurriendo en el campo de la justicia constitucional que era digno de ser estudiado.

Veamos ahora las certezas. La primera, claramente, es mi convicción de que el tema de los derechos humanos es un tema importante, que debe ser estudiado con la mayor profundidad y rigurosidad. Cuando hablamos de derechos humanos hay mucho en juego. Normalmente estará en juego la dignidad humana y en nuestra región, lamentablemente, hemos sido testigos de los mayores abusos y tragedias en estas materias. Por ello, dedicarse a esta área es una cuestión seria. Otra convicción se vincula con Chile. Tengo la certeza de que Chile no ha avanzado en el campo de los derechos humanos con la misma velocidad y fuerza que en otras áreas. La discusión sobre derechos humanos es débil y normalmente teñida por los hechos trágicos del pasado reciente. De allí la importancia de abrir la discusión a temas de futuro, a experiencias comparadas y, en particular, a las experiencias latinoamericanas.

Con estas intuiciones y certezas comencé mis estudios de doctorado. Ahí me encontré con dos cursos que dieron forma a este proyecto de tesis. Por una parte, el curso del profesor Pablo Ruiz-Tagle, que me introdujo en la discusión sobre derechos fundamentales y, por otra, el Seminario de Lecturas en Filosofía del profesor Hugo Seleme centrado en Filosofía Política. A partir de estos cursos constaté que mi

intuición inicial era correcta; estaban ocurriendo muchas cosas en materia de derechos fundamentales. Pero agregué una nueva convicción: había toda una línea de pensamiento sobre ciertos temas vinculados con derechos humanos que se estaba desarrollando en paralelo y que tenía pocos cauces para dialogar.

Veamos a continuación el marco general sobre el que se desarrolló esta investigación. Para ello, haré una brevísima introducción sobre el rol central que ocupa la cuestión de los derechos en el debate constitucional e internacional, para luego mirar la evolución histórica de esta temática y ver cómo también desde esta perspectiva la cuestión de los derechos es esencial en el debate jurídico actual.

En primer lugar, me interesa tratar algunos tópicos centrales sobre cómo la cuestión de los derechos humanos constituye uno de los ejes fundamentales en los sistemas normativos constitucional e internacional.

Si hay una consecuencia directa de los horrores de que fue testigo la humanidad en la segunda guerra, es la convicción que los derechos de las personas no podían ser entregados a la voluntad soberana del Estado. Para limitar este poder se desarrollaron dos sistemas normativos: uno interno (sistema normativo constitucional) y uno internacional (derecho internacional de los derechos humanos). Estos sistemas fueron evolucionando en forma paralela, intentando diseños institucionales que permitieran cumplir con un objetivo común: garantizar los derechos humanos de todas las personas.

Desde sus inicios, el **sistema normativo constitucional** de derechos individuales se ha visto enfrentado a dos preguntas: a) ¿cuál es el lugar que ocupan los derechos en la estructura constitucional? y b) ¿cuáles son los mecanismos idóneos para garantizar dichos derechos? Estos son temas debatidos tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica codificadora, por lo que cualquier acercamiento a la idea de derechos individuales y constitución debe hacer frente a estas interrogantes.

Respecto de la posición que ocupan los derechos individuales en la estructura constitucional, es preciso formular algunas distinciones. Por un lado, se ha distinguido entre constitución ortodoxa e institucional<sup>1</sup>. 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, entendiendo que éstos son los mejores mecanismos para garantizar los derechos fundamentales.

Una segunda distinción relevante es la que contrasta monismo constitucional y derechos fundacionales (fundacionismo). El monismo se basa en la idea que la soberanía reside en las personas y éstas son libres para modificar los sistemas constitucionales sin que existan límites para el ejercicio de ese derecho (ejemplo, la tradición parlamentaria de Gran Bretaña). Por su parte, los partidarios de la teoría de los derechos fundacionales sostienen que los derechos individuales que se expresan en el texto constitucional deben servir como un límite infranqueable al ejercicio de la soberanía de las mayorías, otorgando primacía a estos derechos sin que la *polis*, como un colectivo, tenga la facultad de modificarlos. Además, para esta perspectiva fundacionista, los derechos individuales son determinados en un momento histórico dado, respecto de una cierta categoría de ciudadanos y con características que no pueden ser modificadas *a posteriori*.

Cualquiera sea la posición que se adopte, no es posible pensar en una teoría constitucional sin hacerse cargo del tema de los derechos fundamentales y la posición que estos ocupan en la estructura constitucional.

Respecto de la segunda interrogante, esto es, cuáles son los mecanismos de control de constitucionalidad más adecuados para garantizar los derechos, el tema ha sido planteado de la siguiente forma: si asumimos como cierta la idea que los derechos son parte del modelo institucional con rango constitucional, es necesario que nos preocupemos de cuál será la forma institucional de controlar las decisiones mayoritarias en una democracia constitucional. En esta materia el debate ha estado

---

<sup>1</sup> En esta materia sigo un excelente trabajo de Cristi y Ruiz-Tagle, 2006: 27-43.

centrado en la legitimidad de formas de control no mayoritarios, en particular, el control a través de mecanismos jurisdiccionales y en su implementación concreta a través de mecanismos de control de constitucionalidad.

Se puede afirmar que, en un plano teórico, la idea de los derechos fundamentales es uno de los ejes que determina las bases de la convivencia y de la legitimidad de la institucionalidad democrática<sup>2</sup>. Tanto es así que se ha vinculado la idea misma del Estado Constitucional con ese fin garantista de los derechos individuales. En este sentido, comparto la opinión de un destacado autor argentino quien nos señala “ese fin [el de la constitución] no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: *asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre*”<sup>3</sup>.

Desde una perspectiva histórica, el proceso de codificación del derecho público desarrollado a partir del s. XVIII determinó la forma en que serían incorporados los derechos fundamentales en las constituciones nacionales durante los siglos XIX y XX. El principio que inspiró la codificación fue la consagración de los derechos individuales como objetivo central del diseño institucional sistematizado en el texto constitucional.

La primera experiencia relevante y que marca el proceso venidero, es el caso norteamericano. Los derechos del individuo ya no son considerados como derechos anteriores al estado de sociedad política (derechos naturales), sino como derechos que han cambiado su naturaleza y pasan a ser derivados de la idea de pacto<sup>4</sup>. En cuanto a la incorporación de estos derechos a la constitución, esto es, su constitucionalización, esta tuvo un triple efecto en la experiencia americana: las declaraciones de derechos pasaron a tener rango constitucional, su revisión quedó a disposición del constituyente

---

<sup>2</sup> Para una visión crítica a este planteamiento y que sostiene una visión procedimental de la democracia y por tanto de la propia Constitución, ver la discusión *infra* Capítulo VII.

<sup>3</sup> Germán Bidart, 1974: 93.

<sup>4</sup> Cruz, 1989: 45.

y el control de la constitucionalidad de las leyes se realizó a través del procedimiento de la revisión judicial<sup>5</sup>.

En Francia, el proceso de fundamentación se da en términos similares al americano, pero al momento de su constitucionalización se presentan algunos fenómenos que determinan su fracaso. Nos encontramos con la desnaturalización de los derechos y su desconstitucionalización<sup>6</sup>. La desnaturalización proviene del hecho que en las constituciones posteriores al proceso revolucionario sólo se establecen las garantías de los derechos, pero su definición deja de ser la base de la estructura de codificación del derecho público. La desconstitucionalización se produce porque los derechos individuales quedan fuera de la constitución, la que sólo contempla la estructura política del Estado<sup>7</sup>.

En el siglo XX este proceso tiene un cierto giro, concretamente en Alemania con el desarrollo de la República de Weimar. Aquí, el constituyente consagró un amplio catálogo de derechos, aunque muchos de ellos con remisión a la ley, para ser desarrollados por ésta<sup>8</sup>.

En América Latina todo el proceso revolucionario tuvo un gran impacto en el desarrollo institucional de las nuevas repúblicas. El constitucionalismo se manifestó en Latinoamérica a través de textos que consagraban largos y completos catálogos de derechos, los que en una gran mayoría eran meras declaraciones formales alejadas de la realidad y sin mecanismos concretos que le permitieran influir en la toma de decisiones de la estructura estatal<sup>9</sup>. En materia de control de constitucionalidad, Latinoamérica se ha movido entre modelos de mayor y menor activismo por parte del

---

<sup>5</sup> Cruz, 1989: 45-48.

<sup>6</sup> Cruz, 1989: 51. Ver en el mismo sentido crítico a Ruiz Miguel, 2002: 275-291.

<sup>7</sup> Cruz, 1989: 52.

<sup>8</sup> Cruz, 1989: 57.

<sup>9</sup> Para un completo análisis de este proceso, ver Garzón Valdés, 1993: 201-234 (225-234).

poder judicial en el control de las decisiones parlamentarias relativas a los derechos constitucionalizados<sup>10</sup>.

En resumen, podemos sostener que tanto un acercamiento teórico como uno histórico permiten concluir que la consagración de los derechos individuales y el desarrollo de mecanismos de protección adecuados han estado en el centro de las preocupaciones del constitucionalismo comparado.

Habiendo mirado el tema desde una perspectiva constitucional corresponde prestar atención a la **protección internacional de los derechos humanos**, en particular a su origen histórico, que demuestra la centralidad del tema de los derechos en el ámbito internacional.

En ciertos momentos históricos, en particular en la primera parte del siglo XX, los sistemas de protección constitucional fueron incapaces de dar una efectiva protección de los derechos individuales consagrados en el ámbito nacional, lo que obligó a desarrollar sistemas por sobre los Estados para garantizar su efectiva vigencia. Este **sistema de protección internacional** se vio enfrentado a desafíos similares a los planteados en el sistema nacional: cómo garantizar los derechos a través de un sistema de catálogos, ahora internacionales, y cómo controlar el cumplimiento de dichas obligaciones a través de mecanismos que estuvieran por sobre los Estados.

La protección de los individuos frente a los abusos del Estado ha sido un tema presente en el derecho internacional desde sus orígenes. Sin embargo, es la posguerra (II guerra mundial) el momento en que surgió un uso particular de la noción de derechos humanos. Se vincula este concepto a la idea de limitación internacional del poder del Estado respecto de los individuos sujetos a su jurisdicción, y la idea de ciertas prestaciones positivas a las que se encuentra obligado. Así como el orden legal de cada Estado consagró normas de protección para sus habitantes –las que se demostraron insuficientes-, la comunidad internacional debió crear un sistema humanitario que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por

---

<sup>10</sup> Ver la discusión *infra* Capítulo II.

parte de los gobernantes. Éste se planteó como el único camino para ampararse frente a actos de Estados que no respetaban los límites fijados en el ámbito nacional. Este esfuerzo complementó los avances conseguidos en el sistema internacional para la protección de los individuos en conflictos armados (derecho internacional humanitario) y los esfuerzos para desarrollar un sistema de protección de los refugiados (derecho de los refugiados).

El sistema internacional de protección de los derechos individuales se construye sobre la base de obligaciones que le son impuestas a los Estados, sea por vía voluntaria o involuntaria<sup>11</sup>, para respetar y garantizar ciertos derechos y libertades mínimas del ser humano en su condición de tal<sup>12</sup>. A través del derecho internacional de los derechos humanos la comunidad internacional consagra ciertos derechos subjetivos que los individuos pueden exigir al Estado. Estos, son constitutivos de obligaciones internacionales que quedan fuera del ámbito de disposición soberana del Estado.

No obstante lo anterior, la sola consagración de derechos en el ámbito internacional no es suficiente. Es necesario establecer mecanismos para su control y protección.

Los mecanismos internacionales de control están constituidos por órganos y procedimientos supraestatales. Los Estados concurren, en ejercicio de su soberanía, a la creación de estos organismos y quedan vinculados a su competencia. Existen mecanismos de variada naturaleza para supervisar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, que pueden ser políticos<sup>13</sup>, cuasi-jurisdiccionales<sup>14</sup> o jurisdiccionales<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Las fuentes tradicionales con base puramente voluntarista dan paso a normas en las que la voluntad del Estado no es lo definitorio. En particular, las normas *ius cogens* en el actual desarrollo del derecho internacional no dependen de la voluntad del Estado.

<sup>12</sup> Peces-Barba, 1999: 57; Pérez Luño, 1993: 49; Prieto, 1990: 61.

<sup>13</sup> Podemos ubicar dentro de estos al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>14</sup> En esta clasificación podemos ubicar al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Africana de Derechos Humanos.

Desde una perspectiva histórica, la internacionalización de la protección de los derechos individuales se enmarca en el mundo de la posguerra. La situación post II guerra mundial impidió por muchos años lograr los propósitos expresados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas respecto de los derechos individuales<sup>16</sup>. El contexto político en el que se desarrolló la discusión inicial sobre los derechos humanos en Naciones Unidas, únicamente permitió que se adoptara una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse"<sup>17</sup>. Sólo después de veinte años de continuo trabajo por parte de la sociedad civil fue posible adoptar dos tratados generales en materia de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>18</sup>.

En el ámbito regional, también ha habido un desarrollo importante. Europa, marcada por los horrores de la II guerra, fue la región que experimentó mayores avances, con la creación de un sistema que permitiera prevenir la repetición de estos hechos. Se implementó, rápidamente un cuerpo normativo, a través de una Convención sobre Derechos Humanos<sup>19</sup> y un sistema de control, a través de una Comisión y una Corte de Derechos Humanos<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Estos órganos, a nivel internacional, son: la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos.

<sup>16</sup> La Carta reafirmaba "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeños". Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

<sup>17</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

<sup>18</sup> Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

<sup>19</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se adoptó el 4 noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

<sup>20</sup> Para un completo estudio del sistema europeo de derechos humanos, tanto en lo procedimental como sustantivo, ver van Dijk y van Hoof, 1998.

El sistema interamericano, por su parte, nació en el seno de una organización internacional, la Organización de Estados Americanos (OEA), y contempla un instrumento vinculante (la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) y un mecanismo de control (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Este órgano de supervisión, sin base convencional, fue creado en el año 1959<sup>21</sup>. El sistema logra su consolidación con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de la cual se consagran ciertas obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, se desarrolla un catálogo de derechos civiles y políticos y se diseña un modelo de protección a través de dos órganos: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>22</sup>.

En definitiva, el sistema internacional ha desarrollado en la práctica un *corpus iure garantista* que comprende obligaciones generales, catálogos de derechos y mecanismos de control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos. Además, a partir de la actividad de los órganos de control se ha desarrollado una jurisprudencia que ha interpretado los derechos, ha clarificado su contenido y explicado su alcance.

**Los debates actuales sobre derechos fundamentales.** Como queda en evidencia en el panorama expuesto, una de las cuestiones centrales del actual debate, tanto en el derecho constitucional como en el derecho internacional, es la protección de los derechos individuales. Este tema ha sido tratado desde dos perspectivas. Por una parte, lo que llamaremos el *debate interno*, esto es, el desarrollo de concepciones de los derechos fundamentales con aportes de la doctrina y las prácticas jurisprudenciales

---

<sup>21</sup> La CIDH fue creada por Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 1959. Un completo análisis de este proceso en Medina, 1988.

<sup>22</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH", "Convención Americana" o "Pacto de San José") fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Este sistema básico ha sido complementado a través de protocolos a la convención en materia de pena de muerte y de derechos económicos, sociales y culturales. También se han suscrito una serie de convenciones especiales sobre ciertas materias de relevancia para el sistema, entre otras, violencia contra la mujer y desaparición forzada de personas.

de nivel constitucional e internacional para la protección de estos derechos. Por otra parte, el *debate externo*, esto es, el desarrollo de argumentos en el ámbito de la filosofía política, para justificar los derechos fundamentales en el contexto de sociedades democráticas.

**El debate interno.** En el derecho constitucional, tanto a partir de la praxis jurisprudencial comparada como del debate académico -en especial el europeo de la segunda mitad del siglo XX- se han desarrollado diversas concepciones de los derechos fundamentales. Estas concepciones buscan explicar: a) la estructura de los estándares normativos sobre derechos subjetivos (la forma en que se expresan estas normas, ya sea como principios y/o reglas; y el contenido de las obligaciones del Estado); b) su consagración constitucional (ya sea que estén establecidos en el texto constitucional propiamente o provengan del ámbito internacional); c) las funciones de validación de las actividades del Estado y los mecanismos para garantizar su real vigencia en el ámbito interno.

La doctrina y jurisprudencia constitucional europea han ido aportando elementos que permiten una cierta claridad acerca de los estándares que configuran una concepción de los derechos fundamentales. Estas concepciones –constitutivas de lo que se ha llamado “modelo constitucional democrático” o “neoconstitucionalismo”<sup>23</sup> para

---

<sup>23</sup> Para un estudio de los modelos constitucionales que se han desarrollado en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XX, ver M. Carbonell, 2003; Prieto, 2003: 101-135; Zagrebelsky, 1997. Una visión crítica que debe tenerse en cuenta sobre este desarrollo es la planteada por Comanducci y la respuesta de Moreso, un diálogo tremendamente clarificador. Ver Comanducci, 2002 y Moreso, 2003b.

No hay duda que el modelo de comparación, para delimitar lo “nuevo” que puede adoptar este modelo, es el modelo kelseniano de justicia constitucional. Kelsen es el gran articulador del modelo de justicia constitucional que ha primado en Europa desde la posguerra. Su modelo se basa en un control concentrado por parte de un órgano independiente (Tribunal Constitucional) que tenga como función principal la de “legislador negativo”, esto es, que determine aquellas normas que son contrarias a la Constitución y las expulse del sistema normativo; y que opere sobre reglas que eviten su manifestación en términos generales o difusos como “libertad”, “igualdad” y “justicia” (ver, Kelsen, 1931: 1-42; Kelsen, 2001). El modelo kelseniano, según Humberto Nogueira es aquel en que “un *Tribunal Constitucional* se caracteriza por ser un *Tribunal especial*, situado fuera del poder judicial; que desarrolla la jurisdicción constitucional en forma *concentrada*, vale decir, en forma exclusiva; dicho *control es de carácter abstracto*, analizando la ley en su constitucionalidad con independencia de los casos concretos; ejercido por *vía de acción*, *presentando el fallo o sentencia los efectos de cosa juzgada y de efectos erga omnes*, anulando el precepto legal y expulsándolo del orden jurídico, como asimismo, el fallo tiene *efectos ex nunc*, vale decir,

diferenciarlo del constitucionalismo liberal<sup>24</sup> - han sido desarrolladas a partir del trabajo dogmático de autores que han trabajado en sus respectivos ámbitos constitucionales. Entre ellos podemos destacar a Peces-Barba, Prieto Sanchís y Pérez Luño en España, Alexy y Hesse en Alemania, Favoreau en Francia y Ferrajoli en Italia.

Paralelamente, en el derecho internacional se ha desarrollado un acervo normativo y jurisprudencial relevante sobre derechos humanos. Este, ha comenzado a impactar en los sistemas nacionales y aporta nuevos elementos para el análisis de temas propios de las concepciones de derechos fundamentales. A este desarrollo han contribuido autores como Cassese, Nowak, Meron, van Boven, Cançado Trindade, Buergenthal y en particular, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estos procesos de creación dogmática y jurisprudencial han tenido impacto en el sistema constitucional latinoamericano. El constitucionalismo ha recogido el debate europeo y los avances doctrinarios y jurisprudenciales internacionales.

La visión tradicional sobre la relación derecho interno – derecho internacional giraba en torno a ciertos temas puntuales o “puntos de contacto”. Sin embargo, en la actualidad se han dado pasos hacia una convergencia sustantiva entre ambos sistemas. En efecto, un primer paso en este proceso de convergencia entre el sistema constitucional y el internacional ha sido la recepción formal del derecho internacional, en especial la recepción de los instrumentos internacionales en la normativa interna<sup>25</sup>. Una segunda

---

anula el precepto legal e impide que éste produzca efectos desde el momento del fallo y hacia futuro (efecto *ex nunc*), no teniendo el fallo efecto retroactivo”, Nogueira, 2006: 54.

<sup>24</sup> El Estado Legislativo hace referencia al Estado de corte liberal tradicional y el Estado Constitucional de Derecho dice relación con un Estado fuerte, propio del Estado de Bienestar europeo de la segunda mitad del siglo XX y su concepción fuerte de la Constitución y los derechos, Ferrajoli, 2003: 13-29; Ferrajoli, 2001.

<sup>25</sup> En esta materia debemos tener en consideración que la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno busca determinar el procedimiento mediante el cual estas se incorporan al sistema jurídico interno y con qué jerarquía lo hacen. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno, toda vez que éstas ya están validadas por el derecho internacional público. Esta será una decisión político-normativa del Estado. Sobre la forma

etapa ha estado caracterizada por la incorporación de estándares sustantivos desarrollados en el ámbito internacional para resolver cuestiones internas de los Estados. Esta segunda etapa está marcada por dos tendencias: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial.

En lo que respecta al impacto a nivel normativo institucional se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional que refleja la convergencia sustantiva entre el derecho interno y el internacional. Este se observa en el surgimiento de nuevos textos (Colombia 1991, Perú 1993, Venezuela 1999) la reforma de los mismos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) y la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989), permitiendo un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional.

Las reformas constitucionales en cuestión no son neutras, sino que tienen objetivos claros y precisos. Un primer objetivo ha sido obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de las personas. Un segundo objetivo ha sido la posibilidad de desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

Es importante tener además en consideración que este proceso de convergencia ha ido más allá de lo constitucional y explica también la transformación legislativa en materia de procedimientos y estructuras institucionales de justicia, por solo mencionar algunos. Asimismo, la incorporación de los estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, la obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, los alcances de la presunción de inocencia,

---

en que se reguló la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno ver Dulitzky, 1996: 129-166 y Dulitzky, 2007: 5-52.

entre otros, no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional<sup>26</sup>.

Si bien este proceso normativo es relevante, es la jurisprudencia constitucional latinoamericana la que ha experimentado el mayor desarrollo en materia de una concepción de los derechos fundamentales. Debemos tener en consideración que desde los '60 y, en particular a partir de 1990, se ha producido en el sistema interamericano un importante desarrollo de la justicia constitucional, constituyendo desde entonces un tema relevante de estudio<sup>27</sup>. En efecto, a partir de los años '90, como consecuencia de modificaciones constitucionales de relevancia en lo normativo, así como de una nueva praxis jurisprudencial, se ha producido una convergencia entre los sistemas constitucionales y el sistema internacional de derechos humanos.

**El debate externo.** Paralelamente al desarrollo de estas concepciones de derechos fundamentales, se ha producido un amplio debate, en particular en el ámbito de la filosofía política, respecto de dos cuestiones: a) la justificación, dentro de una sociedad democrática, de “atrincherar” ciertos derechos en la Constitución, dejándolos fuera del campo de decisión de las mayorías; y b) la compatibilidad (en un sistema democrático) del control constitucional de carácter jurisdiccional de la legislación, debate que se da en torno a la compatibilidad del mecanismo con el control mayoritario (regla de mayoría).

Para comprender los alcances y las diversas formas que ha adquirido este debate es necesario, en primer lugar, aclarar el contexto en que se desarrolla. Para ello me parece clarificadora la perspectiva sustentada por RAWLS, esto es, preguntarnos cómo puede la filosofía política servirnos para hallar una base compartida entre el conjunto de instituciones que buscan asegurar la libertad democrática y la igualdad. En este sentido, un estudio desde la filosofía política deberá limitar la brecha de los

---

<sup>26</sup> García Sayán, 2006: 325-384. En este trabajo se hace una excelente reseña de los principales temas donde la jurisprudencia de la Corte ha impactado en el ámbito nacional.

<sup>27</sup> H. Fix-Zamudio, 2003: 201-232.

desacuerdos<sup>28</sup> y, con este fin, las partes deberán usar argumentos esencialmente abstractos, de forma tal de lograr que a través de ellos se permita la existencia de profundos conflictos políticos. De esta forma, mientras más fuerte sea el conflicto, más alto deberá ser el nivel de abstracción que debemos utilizar. Por ello, es necesario conectar los conflictos con lo conocido y con lo básico, esto es, las ideas que se encuentran implícitas en la cultura política pública.<sup>29</sup>

La discusión sobre la necesidad de “atrincherar” los derechos en la Constitución plantea un tema que es anterior a todo el desarrollo del debate que hemos llamado interno de los derechos. Las concepciones sobre los derechos fundamentales debieran estar en condiciones de poder responder adecuadamente a esta cuestión y, en particular, hacerse cargo de un tema relevante, aunque poco explorado por la filosofía política, como es la consagración de derechos, ya no en el ámbito nacional, sino que a nivel internacional.

El otro tema relevante en el marco del que hemos denominado “debate externo”, es el control constitucional de carácter jurisdiccional y lo que implica que en una sociedad democrática se establezca un sistema de control de las mayorías a través de un órgano no-mayoritario como puede ser la justicia constitucional. En esta materia es relevante formular un análisis desde la perspectiva del constitucionalismo latinoamericano, ya que este posee ciertas características particulares. En efecto, si bien el constitucionalismo latinoamericano siguió en un primer momento el modelo norteamericano de control constitucional, con posterioridad a la segunda guerra mundial se impuso el modelo europeo o concentrado, con la peculiaridad de que en muchos casos se ha mantenido la facultad de los jueces ordinarios de no aplicar las normas legales en los casos que son sometidos a su conocimiento. Se han creado, en consecuencia, sistemas mixtos, duales o paralelos que combinan los paradigmas de control de constitucionalidad<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Para lograrlo el primer paso es considerar “la cultura pública misma como un fondo compartido de ideas básicas y principios implícitamente reconocidos”, Rawls, 1993: 33.

<sup>29</sup> Rawls, 1993: 65.

**Problema a investigar.** En años recientes ha habido casos en que la interpretación sobre los derechos fundamentales que han hecho los tribunales con competencia constitucional en Chile ha hecho incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Por otra parte, es posible advertir importantes desarrollos en parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, que con base en la jurisprudencia constitucional europea ha hecho una interpretación de los derechos fundamentales que le ha permitido resolver casos a nivel local conforme a las obligaciones internacionales del Estado y dar efectividad a estos derechos en el ámbito interno. Surge así otro tema complejo, cual es, si la concepción de derechos fundamentales que emana de cierta jurisprudencia constitucional latinoamericana es aplicable en Chile por vía interpretativa, sin modificar el texto constitucional. Por último, debemos buscar alguna respuesta sobre la compatibilidad de dicha concepción con el sistema democrático constitucional.

Es necesario tener en cuenta que es posible que distintos sistemas compartan un mismo concepto de derechos fundamentales, pero que al interpretar cada uno de los elementos constitutivos de dicho concepto y aplicarlo a casos concretos, configuren diferentes concepciones de dichos derechos. Estas concepciones no serán igualmente valiosas, sino que deberán ser evaluadas a la luz del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y la efectividad de dichos derechos en el ámbito nacional.

**Discusión de Hipótesis.** Esta investigación está guiada por la siguiente hipótesis de trabajo:

1. En Chile los tribunales con competencia constitucional, en algunos casos, han interpretado los elementos que configuran los derechos fundamentales de forma tal que se ha hecho incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

---

<sup>30</sup> En esto hemos seguido al ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Fix-Zamudio, ver H. Fix-Zamudio, 2003: 205-6. Asimismo, para un estudio actualizado sobre la evolución de la justicia constitucional en América del Sur, ver Nogueira, 2006: 75-139.

2. En otros sistemas normativos nacionales latinoamericanos, a partir de los estándares europeos, se ha desarrollado una concepción de los derechos fundamentales que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y da efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.
3. Es posible aplicar en Chile, a la luz de nuestro texto constitucional vigente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y de esta forma, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y dar plena efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.
4. Finalmente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional comparada y que es aplicable en Chile, es compatible con una sociedad democrática.

**Marco metodológico (cómo se ha demostrado la hipótesis).** Es importante considerar que, en general, este estudio tiene un **enfoque dogmático** que me permite la construcción de una concepción sobre los derechos fundamentales a partir del análisis jurisprudencial y la derivación de las consecuencias de este desarrollo teórico<sup>31</sup>.

La investigación se distribuye en ocho capítulos. El **primer capítulo** es un análisis de los sistemas normativos de protección de los derechos individuales, en el ámbito interno y en el internacional. En esta parte se da cuenta de los fundamentos de estos sistemas y su evolución histórica. Esto nos permite tener claridad de los puntos en común y las diferencias de ambos sistemas que luego son relevantes para el análisis de su relación y cuáles son las cuestiones de legitimidad que deben tenerse presente para su estudio.

El **segundo capítulo** tiene por objetivo clarificar algunas cuestiones conceptuales y metodológicas que son centrales para entender el desarrollo de la investigación. Parte

---

<sup>31</sup> Alexy, 2002: 39.

con la formulación de algunas precisiones sobre la utilización de las expresiones concepto/concepción; distingue diversos conceptos que se vinculan con la idea de derechos fundamentales; propone cuál es el concepto de derechos fundamentales sobre el que se trabajará. Finalmente, plantea una reseña de los sistemas normativos a estudiar.

Para probar la hipótesis he hecho el siguiente análisis (**capítulo tercero al sexto**): he tomado como punto de comparación algunas sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia de Chile con competencia constitucional, en los cuales se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado y que, además, no dan eficacia a los derechos consagrados internamente. Luego, analizo los parámetros que se desprenden del sistema interamericano de derechos humanos respecto del alcance de las obligaciones internacionales de los Estados sobre las materias que son objeto del caso a estudiar en cada capítulo.

A continuación, se analizan, la jurisprudencia alemana y española (sobre cuyas bases opera la jurisprudencia constitucional latinoamericana) y las experiencias de justicia constitucional de Colombia y Costa Rica. Asimismo, se usarán fallos de otros tribunales que puedan marcar una tendencia jurisprudencial, por ejemplo, Argentina y Perú. El objetivo de este análisis es configurar la concepción de derechos fundamentales que emana de parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana que, a mi juicio, permite una resolución correcta de los casos que involucran derechos fundamentales. He elegido el análisis de la jurisprudencia colombiana y costarricense porque estos sistemas constitucionales, más allá de diferencias importantes, pero irrelevantes para este estudio, tienen sólidos elementos en común: catálogo de derechos a nivel constitucional, órgano de control constitucional y sobre todo, un mismo sistema de control internacional (sistema interamericano de derechos humanos).

Pretendo demostrar, en cada caso, que la concepción desarrollada en parte de la jurisprudencia constitucional es una interpretación del concepto de derechos

fundamentales que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y da efectividad a los derechos fundamentales.

Finalmente, procedo a demostrar, respecto de cada elemento de la concepción de derechos fundamentales, que es posible resolver el caso que ha comprometido la responsabilidad internacional de Chile, a la luz de concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, sin necesidad de modificar el texto constitucional chileno.

En un capítulo aparte (**séptimo**) analizo la compatibilidad de la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y que es aplicable en Chile, con una sociedad que se rige por un sistema democrático.

Termina la tesis (**capítulo octavo**) con las conclusiones y algunas proyecciones de la investigación.

Metodológicamente, esta tesis es una investigación básicamente jurisprudencial. El análisis doctrinal está limitado a dar un contexto cuando es necesario. Por tanto, el lector no encontrará un desarrollo acabado de diversas tesis doctrinales que se han desarrollado sobre muchos de los temas tratados en la tesis. Esto me habría llevado a una investigación diferente, camino al cual renuncié desde la idea original de esta investigación.

Respecto del trabajo con jurisprudencia es necesario tener presente que el estudio jurisprudencial estará enfocado en el análisis de aquellas sentencias de jurisdicción constitucional que ilustren principios sobre los elementos configurativos de la concepción de derechos fundamentales<sup>32</sup>. He optado por esta metodología ya que el objetivo de la tesis es analizar aquellos casos de jurisprudencia en que hay referencia

---

<sup>32</sup> Para la utilización de los casos en materia de principios constitucionales se utilizará el método desarrollado por Dworkin para su estudio de casos en la jurisprudencia norteamericana, esto es, un estudio de casos relevantes que sean expresión de principios, antes que un sistema casuístico; ver Dworkin, 1997: 35-38. Un sistema metodológico similar, ver M. Sandel, 1998.

a alguno de estos elementos. Por tanto, este es un estudio cualitativo de jurisprudencia y no cuantitativo de la misma.

Pero esta tesis no la he trabajado solo leyendo y escribiendo. Además, he aprovechado el proceso para producir una serie de artículos que me han permitido testear algunas de las ideas fuerza de la tesis. He publicado 5 artículos: **"La codificación del derecho internacional de los derechos humanos: ¿continuidad o cambio?"**, en *"Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación"*, Martinic y Tapia (editores), Lexis-Nexis, Santiago-Chile, 2005, pp. 1151-1192; **"Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros"**, en *Revista de Derecho Público*, volumen 67, año 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 73-100; **"La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional. La experiencia chilena"**, en *La aplicación judicial de los tratados internacionales*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Colombia, 2006, pp. 149-183; **"Los derechos fundamentales, el desafío para el Constitucionalismo del Siglo XX"**, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12º año, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006, pp. 1305-1333 y **"Los derechos fundamentales ¿la reforma constitucional pendiente?"**, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Nos. 217-218, año LXXIII, 2005 (publicada en 2007), pp. 119-146. Además, he dictado un curso en el Magíster de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile sobre el tema de la tesis, lo que me obligó a afinar los argumentos y tener interesantes discusiones durante todo un semestre. Especial mención debo hacer a la estancia de investigación que pude realizar gracias a la beca Mecesup que se me otorgó en 2006 para viajar a España y realizar una serie de entrevistas y búsquedas bibliográficas, en las Universidades Autónoma de Madrid (dirección Juan Carlos Bayón) y Pompeu Fabra de Barcelona (dirección José Juan Moreso).

Estoy cierto que pueden existir otras visiones sobre los derechos fundamentales y en particular, sobre su situación en Latinoamérica. Sin embargo, también tengo la certeza que el análisis que se hace en esta investigación demuestra una clara tendencia

jurisprudencial. Quedará en manos del lector determinar si comparte mis conclusiones o no.

---

## **CAPITULO I. SISTEMAS NORMATIVOS HUMANITARIOS**

---



## **I. INTRODUCCION**

Para poder entender los alcances de la tesis propuesta es necesario tener en consideración los aspectos más destacados de los sistemas normativos que se han preocupado de los derechos individuales en el ámbito interno y en el ámbito internacional. De allí que el objeto de este primer capítulo sea situar el contexto normativo en el que se inserta la discusión sobre la concepción de derechos fundamentales.

En primer lugar voy a reseñar algunos temas que es necesario tener presente acerca del contexto del proceso de codificación y su relación con los derechos individuales. Analizaré la forma en que se produjo la codificación del derecho público, centrándome en los principios que lo inspiraron. A continuación, describiré las bases teóricas sobre las cuales se produjo la codificación y cuál es el estado actual del debate. Finalmente, esbozaré el desarrollo histórico de este proceso de codificación de los derechos individuales.

En el ámbito del sistema internacional de derechos haré una revisión de los principales vínculos entre el derecho internacional y los derechos individuales. Enseguida analizaré el sistema normativo de derecho internacional de los derechos humanos, estudiando las bases teóricas sobre las cuales se ha construido la consagración de dichos derechos en el campo internacional y reseñaré el desarrollo histórico de concreción de este proceso. Para terminar, haré una revisión de los principios y objetivos que se ha planteado el proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Esta revisión de los sistemas normativos de derechos humanos me permitirá fijar el marco en el cual se inserta la tesis y, además, adelantar algunas de las bases del debate sobre la legitimidad de la consagración de derechos y sus mecanismos de control, materia que deberá ser afrontada en la parte final de la tesis.

## II. CODIFICACION Y DERECHOS

Para entender el lugar que ocupan los derechos fundamentales en el desarrollo del constitucionalismo comparado, del derecho público y del derecho internacional, es necesario que nos remontemos a los inicios del proceso codificador del Derecho. En particular, me interesa determinar las circunstancias históricas que dieron forma a la codificación, su método y los principios que inspiraron el proceso.

### 1. CONCEPTO Y CONTEXTO HISTORICO

La codificación se enmarca en el proceso histórico de la Ilustración<sup>33</sup>, período que posee características políticas y jurídicas que resultan relevantes para nuestro análisis.

En lo político, se caracteriza por una fuerte tendencia hacia la concentración del poder en manos del monarca, a través de la cual se pretende que éste ejerza un poder efectivo sobre sus súbditos. En este contexto, la codificación se presenta como un buen aliado del proceso de concentración y unificación del poder<sup>34</sup>.

En el plano jurídico, el proceso de codificación es reflejo de un momento histórico caracterizado por la incertidumbre del derecho vigente, la existencia de una gran cantidad de normas y, más importante aún, un exceso de opiniones doctrinales que aconsejaban la codificación o a lo menos dar respuesta legislativa a las principales cuestiones debatidas en aquella época<sup>35</sup>. El siglo XVII, según SOLARI, es una época de crisis del derecho. Es evidente la falta de unidad de las leyes civiles, derivada del particularismo propio de la Edad Media, por lo que surge la necesidad de remediar esa falta de unidad<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Período que según señala Cattaneo se caracteriza por el racionalismo en el derecho natural y el voluntarismo en el derecho positivo, ver Cattaneo, 1966: 13.

<sup>34</sup> Un buen ejemplo de este proceso es el caso de la unificación iniciado por María Teresa en los Estados austríacos en el año 1753, Ver, Solari, 1946: 334; Cannata, 1996: 185.

<sup>35</sup> Cannata, 1996: 177.

<sup>36</sup> Solari, 1946: 59-60.

El proceso de la codificación corresponde al resultado de los esfuerzos mancomunados de monarcas, juristas y filósofos de reducir a una unidad material y formal toda la legislación civil<sup>37</sup>.

## 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

En el racionalismo se desecha la exégesis del *ius commune* y se opta por una visión más sistemática e independiente de los textos jurídicos positivos<sup>38</sup>. La ley comienza a primar por sobre la costumbre y su interpretación por sobre la doctrina y los precedentes. Ante la dispersión de normas, el racionalismo opta por el camino de la codificación, esto es, “la ordenación racional del material de un sector jurídico partiendo de nuevo o, al menos, redactando de nuevo las regulaciones concretas y tratando de evitar contradicciones, redundancias y lagunas”<sup>39</sup>, desechando la opción tradicional que era la recopilación<sup>40</sup>.

La base teórica que sirvió de sustento a la codificación del derecho privado fue la diferenciación de diversos derechos subjetivos que eran asumidos como evidentes (axioma). A partir de ellos se sistematizan y ordenan racionalmente los diversos elementos y consecuencias que pueden extraerse de estas ideas generales<sup>41</sup>. La idea del derecho privado se vincula directamente con los supuestos dogmáticos de la época: la voluntariedad del pacto, con el énfasis individualista, y el rol de la voluntad como causa de las obligaciones con la única limitación del *pacta sunt servanda*<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Solari, 1946: 76.

<sup>38</sup> Ruiz Miguel, 2002: capítulo 3.

<sup>39</sup> Ruiz Miguel, 2002: 271.

<sup>40</sup> Ruiz Miguel, 2002: 271.

<sup>41</sup> Ruiz Miguel, 2002: 270-275.

<sup>42</sup> Este es el concepto elaborado por Grocio (Solari, 1946: 25).

Desde el momento en que se pretende fundar el Derecho en dos estadios de desarrollo, el estado de naturaleza y la sociedad civil, se produce la percepción de estar frente a dos sistemas diversos, uno individual y otro colectivo. A partir de la idea del estado de naturaleza y los derechos de que la persona es titular, aún con posterioridad del pacto, surge la noción de derechos individuales como parte del derecho privado. En cambio, la sociedad política que construyen las personas es regida por reglas que son comprensivas del derecho público<sup>43</sup>.

### **3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN**

Los principios sobre los cuales se desarrolla el proceso de la codificación son los derechos naturales, la sistematización y los derechos subjetivos. Estos son los principios que inspiran el *iusracionalismo* dominante en la época.

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

La sistematización dice relación con la construcción de un sistema lógico fundado racionalmente y en el que existe un solo intérprete, el legislador<sup>44</sup>. Toda la legislación debía ser resumida en pocos principios axiomáticos de los cuales derivar, por vía deductiva, las normas de acción. Este proceso debía reflejar principios inmutables, cuyo origen está en el carácter central de los derechos de las personas; debían tener uniformidad, expresión del dogma de la igualdad ante la ley; y, por último, el juez debía limitarse a aplicar la ley al caso concreto. Esto debía reflejarse en un sistema

---

<sup>43</sup> Solari, 1946: 17.

<sup>44</sup> “La sola interpretazione legittima per l’illuminismo è quinde l’interpretazione autentica. Uno dei cardini della concezione giuridica illuministica è perciò la rigida difesa della certezza del diritto” (Cattaneo, 1966: 16).

coherente de normas, sin lagunas, que abarcara todas las situaciones previsibles<sup>45</sup>. Todo ello a través de leyes simples y fácilmente comprensibles para todas las personas<sup>46</sup>.

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

#### **4. METODOLOGIA DEL PROCESO CODIFICADOR**

La influencia del racionalismo jurídico se demuestra en el predominio de un método propio (*demonstratio*). Consiste en construir una doctrina a partir de algún axioma supuesto como evidente, del que se deducen escalonadamente criterios y normas hasta lograr construir un sistema completo de Derecho. Este puede ser racional o ideal, pero siempre con la vocación de ser puesto en vigor<sup>47</sup>.

### **III. SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL**

#### **1. JUSTIFICACION TEORICA DE LA CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES**

La teoría racional del Estado y el derecho racional en que convergen las doctrinas iusnaturalistas racionalistas son la base del proceso de codificación y del constitucionalismo<sup>48</sup>. Las ideas que primaron en el constitucionalismo de fines del s. XVIII y s. XIX fueron muy similares a las que inspiraron el proceso codificador.

---

<sup>45</sup> Figueroa, 1982: 84.

<sup>46</sup> Cattaneo fija este como uno de los principios presentes en la Revolución francesa (Cattaneo, 1966: 109).

<sup>47</sup> Cattaneo, 1966: 132.

<sup>48</sup> Ruiz Miguel, 2002: 269.

Destaca el principio de una ley ordenadora, esto es, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad; la exigencia de someter a límites preestablecidos al poder político y con ello lograr garantizar ciertas libertades individuales; y la búsqueda de la seguridad jurídica mediante el conocimiento general que permite un texto escrito<sup>49</sup>.

A partir de estas conexiones, exploraré los principales aspectos del pensamiento iusnaturalista racionalista que permiten comprender de mejor forma los alcances de la codificación del derecho público. Asimismo, formularé algunas reflexiones en torno al proceso histórico que concretó estos principios teóricos. Finalmente, analizaré una versión actual del pensamiento político que recoge algunos elementos centrales del pensamiento ilustrado y que busca una explicación del proceso de codificación de los derechos individuales.

### **1.1. Visión teórica tradicional: los iusnaturalistas racionalistas**

El marco conceptual en el que se desenvuelven las ideas sobre los derechos individuales está marcado por el desarrollo de los conceptos de “soberanía” y “Estado moderno”, así como la idea de tolerancia, consecuencia de las guerras religiosas provocadas por el proceso de Reforma protestante. Será a partir de las ideas iusnaturalistas racionalistas del s. XVIII que se construyen las bases teóricas de los derechos individuales y su vinculación con la sociedad política.

El desarrollo del pensamiento vinculado con el **derecho natural racionalista** surgió como respuesta a los cambios en la sociedad que se produjeron como consecuencia de los avances de la Europa occidental de los siglos XVII y XVIII. Sin duda era una sociedad que había cambiado; los descubrimientos, el contacto con nuevos territorios y gentes, la reforma religiosa, entre otros eventos, trajeron consigo la necesidad de que el pensamiento jurídico busque respuesta adecuada a esta nueva diversidad. En este contexto, los iusnaturalistas tomaron las herramientas del pensamiento racionalista y

---

<sup>49</sup> Ruiz Miguel, 2002: 275-276.

vieron en la construcción de un derecho basado en la razón una respuesta general de validez que ya no requería de sustentos religiosos, puestos en conflicto en la nueva realidad social. Cabe además destacar que los nuevos juristas no eran necesariamente religiosos ni teólogos, tampoco tenían una estrecha vinculación con las universidades; eran, en especial, personas vinculadas a los problemas prácticos y políticos de la época, lo que les entregó una nueva visión y nuevas necesidades de respuesta.

El derecho natural racionalista concibe el Derecho como una dualidad, diferenciando el derecho natural del positivo. De este modo, corresponde al derecho natural dar el contenido ideal del derecho positivo<sup>50</sup>. A su vez, los iusnaturalistas separan radicalmente la esfera del Derecho de aquella que corresponde a la actividad del Estado (Lex)<sup>51</sup>.

Bajo la influencia del racionalismo, los iusracionalistas entienden que el derecho natural “reside en la naturaleza racional del hombre”<sup>52</sup>. El contenido del Derecho radicaría en la pura razón del individuo, por lo que éste conservaría su validez aún sin la existencia de Dios, separándose de la visión teológica que situaba la validez del derecho en la revelación divina<sup>53</sup>. El método de análisis para obtener el contenido de este derecho consiste en extraer, mediante la lógica, las consecuencias prácticas derivadas de ciertos principios. De este modo, para estos pensadores, el análisis lógico no representa sólo un elemento clarificador, sino el instrumento mismo del saber. Así, la conceptualización adquiere un nuevo rol como medio para obtener contenidos, crearlos constructivamente y fundarlos en virtud de esta actividad constructiva<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Figueroa, 2000. La profesora María A. desarrolla en esta materia un interesante acercamiento que sin duda ha iluminado toda mi aproximación al tema; sin duda estoy en deuda con ella.

<sup>51</sup> Cassirer, 1950: 229. Por su parte Thomasius plantea la idea que el derecho natural es sólo un elemento ideal normativo, pero no es Derecho (Welzel, 1977: 173).

<sup>52</sup> Figueroa, 2000.

<sup>53</sup> Cassirer, 1950: 228.

<sup>54</sup> Cassirer, 1950: 242.

El derecho natural racionalista también pretende una validez universal e intemporal fundada en la razón humana, con lo cual marca su emancipación de la Teología Moral<sup>55</sup>. Este proceso de separación permite que Thomasius, discípulo de Pufendorf, plantee la separación del Derecho de la Moral<sup>56</sup>.

Los iusnaturalistas desarrollan, además, la idea de **limitación del poder**, fundada en los derechos individuales. Esta es una noción central para entender la visión actual de los derechos fundamentales. El poder ilimitado es contrario a esta concepción de derecho natural, ya que algunas de sus nociones fundamentales, como la sociabilidad del hombre, su libertad original (en el estado de naturaleza) y la voluntariedad del pacto (que validaría el ejercicio del poder estatal), se alzan en sí mismas como limitaciones a este poder: “el Estado puede crear y fundar derecho en la medida que alberga en sí un derecho original y lo realiza”<sup>57</sup>. A partir del método de la abstracción lógica, los pensadores iusnaturalistas determinan ciertos derechos inherentes a la naturaleza del hombre<sup>58</sup> (libertad, igualdad, propiedad). Estos, operan como supuestos necesarios para su desarrollo en sociedad y, de esta forma, fundan el ordenamiento jurídico que le es legítimo dictar al Estado.

El racionalismo jurídico, debido a su separación de la teología moral y de su máxima expresión, la verdad revelada, se ve forzado a buscar nuevas bases en las cuales fundar su dogmática. Los avances habidos en las ciencias naturales y el desarrollo del método cartesiano, permiten a los racionalistas nuevas aproximaciones a la idea de persona y sociedad, ya no desde verdades reveladas, sino desde verdades descubiertas por medio de la razón. Sólo así sería posible el desarrollo de una teoría de la persona y la sociedad fundada en este nuevo concepto.

---

<sup>55</sup> Wieacker, 2000: 226.

<sup>56</sup> Welzel, 1977: 171.

<sup>57</sup> Cassirer, 1950: 247.

<sup>58</sup> Figueroa, 2000.

En el racionalismo se observa la separación entre el **método apriorístico** y el **empírico**, lo cual es explicable por las dos corrientes de pensamiento que se observan al interior del racionalismo. Una corriente deposita su fe exclusivamente en la razón y ve la posibilidad de descubrir verdades naturales que pueden ser expresadas en axiomas de los cuales es posible concluir verdades particulares a través de la deducción y la lógica<sup>59</sup>. Por otro lado, en la segunda corriente<sup>60</sup> se busca las respuestas a través del conocimiento práctico; sólo se cree en aquello que puede ser demostrado a través de los métodos desarrollados por las ciencias naturales<sup>61</sup>. Ambos métodos están presentes en todo el debate racionalista, compartiendo un mismo espacio, buscando explicar los mismos procesos históricos y creando una misma dogmática: la dogmática racionalista. En ambos métodos la razón juega un rol central, rechazando las respuestas que no puedan ser justificadas por la razón o por la experiencia empírica.

El pensamiento empirista se basa en el conocimiento obtenido a partir de la observación de las cosas en su estado natural, la determinación de su comportamiento y extracción de conclusiones generales<sup>62</sup>. Esta corriente influyó en los estudios del individuo y la sociedad. Se busca lograr determinar el estado de naturaleza de la persona y poder explicar su comportamiento natural, regido sólo por las leyes naturales y de ahí extraer las consecuencias del porqué de la creación de la sociedad y el Estado. En este proceso de atomización de la persona se llega a la idea del **estado de naturaleza**, que será para los pensadores racionalistas el punto de partida de su

---

<sup>59</sup> A partir de este pensamiento se desarrolla la idea innata de lo justo y de los derechos innatos del hombre, con fundamento en el derecho objetivo (Solari, 1946: 12-13).

<sup>60</sup> Esta corriente en lo jurídico invocó el sentido innato de lo justo, o bien lo útil y las necesidades sociales, basando su sustento en la experiencia y la utilidad social que engendran la idea abstracta de lo justo y su obligatoriedad (Solari, 1946: 14).

<sup>61</sup> En el siglo XVII Bacon destaca el estudio empírico de la política que realizara Maquiavelo (Cassirer, 1968: 142). Hazard nos plantea que el método de conocimiento favorito de la época es el análisis y su procedimiento, la experiencia (Hazard, 1958: 51).

<sup>62</sup> Hazard, 1958: 15.

análisis. Al poder determinar el comportamiento de las personas en su estado natural se puede explicar los por qué de su posterior evolución<sup>63</sup>.

En la descripción misma del estado de naturaleza nos encontramos con diferentes concepciones. Hay quienes sostienen que este es un estado de conflicto, de inseguridad, de guerra permanente<sup>64</sup>, mientras otros sostienen exactamente lo contrario, esto es, que los hombres son plenamente libres y viven en armonía<sup>65</sup>. Cualquiera sea la concepción, es claro que este estado de naturaleza termina, y entonces se produce un traspaso a un nuevo estadio de desarrollo, en el cual se pasa de lo individual a lo social; es la construcción de la idea de sociedad<sup>66</sup>.

La **sociedad natural** corresponde a este estadio de desarrollo en el cual se constituye la sociedad; el individuo deja de ser un sujeto aislado para transformarse en un sujeto social. La sociedad natural corresponde a una unión interesada de los sujetos. Estos han dejado su estado de total libertad y goce pleno de todos los derechos con el objeto de convivir con otros sujetos<sup>67</sup>.

Este estado de sociedad natural da paso luego a la **sociedad política**, entendiendo por tal aquella estructura en la cual los hombres se organizan y crean instituciones que regulan la vida en comunidad. Esta sociedad política recibe el poder de las cesiones

---

<sup>63</sup> Hazard nos plantea que la búsqueda empírica del estado de naturaleza buscaba conocer las normas que lo regularía (Hazard, 1958: 199).

<sup>64</sup> En este sentido Hobbes señala ““a pesar de las leyes de naturaleza... si no se ha instituido un poder o no es suficientemente grande para nuestra seguridad, cada uno fiará tan sólo, y podrá hacerlo legalmente, sobre su propia fuerza y maña, para protegerse contra los demás hombres” ”y más adelante agrega “[L]os hombres están en permanente pugna – tienden a su beneficio privado – muchos se imaginan a sí mismos más sabios y capaces para gobernar la cosa pública – tienen voz y conceptos para diferenciar bueno de lo malo – son capaces de comprender la injuria o daño de otros – la unión es por pacto, no se da de modo natural” (Hobbes, 1651: 173-174). En el mismo sentido, Spinoza (ver, Ruiz Miguel, 2000-2003: 43).

<sup>65</sup> En esta posición, Locke; un poco más escéptico, Rousseau (Ruiz Miguel, 2000-2003: 44-45).

<sup>66</sup> Este estado de naturaleza es considerado por algunos como un estado hipotético y otros lo consideran un hecho histórico universal, pero su fuerza proviene de su carácter hipotético (Ruiz Miguel, 2000-2003: 38-39).

<sup>67</sup> Ruiz Miguel, 2000-2003: 53.

de derechos que le hacen sus miembros con el objeto de obtener por su intermedio ciertos valores buscados (seguridad, libertad, propiedad).

Es interesante tener presente que este proceso no es igual en el concepto de los pensadores de la época. Algunos conciben directamente el paso desde el estado de naturaleza a la sociedad política, mediante la renuncia de todos los derechos<sup>68</sup>. Para otros, esta renuncia de derechos es un paso intermedio, sin que represente necesariamente el final del camino en la construcción de la sociedad política<sup>69</sup>.

Este paso desde el estado de naturaleza al estado de sociedad natural y eventualmente a la sociedad política, es un paso que necesita un acto de voluntad. En esto se manifiesta el individualismo propio del racionalismo del s. XVII y XVIII. Todo el proceso de constitución de la sociedad se funda en la voluntad de quienes la integran<sup>70</sup>.

Esta manifestación de voluntad que funda y legitima la organización social y el poder, se expresa en la idea de **pacto social**<sup>71</sup>. Este consiste en la renuncia que efectúa cada individuo a los derechos de que es titular en el estado de naturaleza y el posterior traspaso de estos a la sociedad y específicamente al ente político que manifiesta esta organización: el Estado<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> "... de esta institución de un estado derivan todos los *derechos y facultades* de aquel o aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido" (Hobbes, 1651: 179).

<sup>69</sup> "Conviénese en que todo lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad, mas es preciso convenir también que el soberano es el único juez de esta necesidad" (Rousseau, 1762: 39).

<sup>70</sup> Tampoco hay plena coincidencia de si este proceso es natural; sólo Grocio habla de una tendencia natural en este sentido, la '*apetitus societatis*', el resto de los autores lo considera más bien un acto calculado, necesario, más que natural (Ruiz Miguel, A., 2000-2003: 40-43). Pero para todos los autores es el expediente justificador básico de la asociación política (Ruiz Miguel, 2000-2003: 49).

<sup>71</sup> Para algunos autores, et. al, Hobbes, Spinoza, Kant, lo consideran una idea regulativa al servicio de la justificación más o menos completa del Estado; otros como Locke, Pufendorf y Rousseau, lo conciben como una realidad histórica, ya sea expresa, táctica o futura (Ruiz Miguel, 2000-2003: 48-49).

<sup>72</sup> "Al ser los hombres... todos libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esa condición y puesto bajo el poder político de otro sin su propio consentimiento. El único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil, es

Por otra parte, esta idea de pacto como constitutivo del Estado, da origen al constitucionalismo, el que construye una estructura política sobre la base de la expresión y articulación sistemática de la voluntad general<sup>73</sup>. En cuanto a la posibilidad de dejar sin efecto el pacto, algunos autores plantean su imposibilidad, mientras que otros se pronuncian a favor ello<sup>74</sup>.

Por su parte, **ROUSSEAU** plantea una variación en esta línea de pensamiento ya que no centra su doctrina en el individuo, sino que “levanta el problema por encima de la esfera del ‘ser individual’ y lo orienta de una manera cierta y expresa hacia el ‘ser social’”<sup>75</sup>. Parte de la base del estado de naturaleza como un estado de ‘felicidad relativa’<sup>76</sup>. Desde allí se evoluciona, necesariamente, hacia el estado civil, pero este no logra satisfacer las necesidades del individuo debido al surgimiento de la codicia y la propiedad privada. Para salir de esta situación el hombre llega a un pacto que, a diferencia de sus predecesores (Grocio y Hobbes) no es concebido como irrevocable y de sumisión total. El nuevo orden, sociedad política o Estado, se funda en el consentimiento unánime de todos los ciudadanos hacia la voluntad general, entendiendo por tal lo justo, lo bueno, lo que debe ser. Esta voluntad general se constituye sobre la idea de que los hombres aspiran hacia estos valores<sup>77</sup>. De esta manera, puede desarrollar su idea de la ‘voluntad general’, que permite que en sociedad cada uno no quede sujeto al arbitrio de los demás, sino que sólo obedezca a dicha voluntad general que el sujeto conoce y reconoce como propia<sup>78</sup>.

---

mediante acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad” (Locke, 1690: 111).

<sup>73</sup> Tomás y Valiente, 1997: 422.

<sup>74</sup> Ruiz Miguel, 2000-2003: 59-61.

<sup>75</sup> Cassirer, 1950: 176.

<sup>76</sup> Concepto usado por Rodríguez Paniagua, ver Rodríguez, 1992: 251.

<sup>77</sup> Paniagua, 1992: 256. En el mismo sentido, Cassirer, 1950: 176.

<sup>78</sup> Cassirer, 1950: 180.

## 1.2. Visión teórica revisitada: Rawls y el debate actual

La teoría de la justicia de RAWLS es el aporte más sustancial a la filosofía política de la segunda mitad del s. XX<sup>79</sup>. Dentro de la vastedad de temas que aborda Rawls nos interesa especialmente su visión del proceso de formación de la estructura básica de la sociedad y cómo la aplicación de su método de razonamiento nos lleva a la conformación, idealmente, de una sociedad constitucional democrática, donde los derechos individuales -en particular los derechos de libertad- ocupan un papel fundamental.

Es interesante el análisis de la teoría rawlsiana toda vez que este autor integra algunas nociones esenciales del iusracionalista con una perspectiva actual, siendo de gran influencia en el pensamiento filosófico contemporáneo. Principalmente, encontramos en el pensamiento rawlsiano la idea de pacto<sup>80</sup> y el desarrollo de una teoría que explica los pasos en la construcción de una sociedad regulada por ciertos principios y leyes.

RAWLS plantea cuatro etapas para concretar la construcción del acuerdo social: a) definir los principios de justicia, lo que se realiza a través del método de la posición original tras el velo de la ignorancia; b) una vez definidos los principios de la justicia, es necesario aplicar estos principios en el diseño de la estructura básica de la sociedad; c) definir aquellas materias que deberán ser resueltas mediante la legislación; d) definir aquellas cuestiones que son propias de decisión en el campo judicial<sup>81</sup>.

En el diseño rawlsiano, una vez determinados los principios de justicia se debe definir el diseño de la estructura básica de la sociedad. Esta deberá comprender la forma

---

<sup>79</sup> Seguimos a continuación, principalmente, el desarrollo de su teoría en Rawls, 1971 y Rawls, 1993.

<sup>80</sup> La tesis contractualista de Rawls tiene ciertas particularidades, en especial su carácter hipotético, esto es “un acuerdo que firmaríamos bajo ciertas obligaciones ideales, y en el cual se respeta nuestro carácter de seres libres e iguales”, Gargarella, 1999: 31.

<sup>81</sup> En un debate sostenido con Habermas, Rawls aclara que esta “secuencia en cuatro etapas” es “parte de un marco de pensamiento que como ciudadanos en la sociedad civil nosotros, quienes aceptamos la justicia como equidad, tenemos que utilizar al aplicar sus conceptos y principios”, Habermas y Rawls, 1998: 102.

según la cual las instituciones sociales relevantes (constitución, acuerdos económicos o sociales) distribuirán derechos y obligaciones y, a su vez, cómo se determinará la división de los beneficios provenientes de la cooperación social<sup>82</sup>. Asimismo, es necesario que se estipulen normas constitucionales que aseguren la aplicación de los principios elegidos en la posición original. Luego, se deben resolver los temas relativos a la justicia de la legislación y de las políticas sociales, optar por aquellas disposiciones constitucionales que sean válidas y, finalmente decidir, dentro de las opiniones contrapuestas que surjan de la discusión sobre la aplicación de los principios, cuáles de ellos prevalecerán. A través de este sistema, se podrán “jerarquizar procedimientos para decidir qué opinión ha de ser promulgada como ley”<sup>83</sup>. Finalmente, el ciudadano tendrá que definir ciertos mecanismos para determinar en qué casos “las decisiones mayoritarias habrán de cumplirse y en cuáles pueden ser rechazadas como no obligatorias”<sup>84</sup>. Esto es factible ya que las decisiones operan sobre la base de un sistema de justicia procesal imperfecta, por lo que el resultado del procedimiento legal debe estar acorde con los límites impuestos en el proceso constitucional a la luz de los principios de justicia.

Para efectos de nuestro análisis, nos concentraremos en las etapas que van desde el proceso de aplicación de los principios de justicia al diseño de un Estado constitucional. En especial, me interesa de la teoría rawlsiana su visión de la constitución y cómo en ella confluyen las ideas básicas que configuraron la relación constitución/derechos en el pensamiento constitucionalista tradicional.

Para RAWLS, idealmente, “una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo”. Para lograr dicho fin, es necesario que se incorporen al procedimiento mismo “las libertades de una ciudadanía igual”, las que deberán ser incorporadas y protegidas por la constitución<sup>85</sup>. En el

---

<sup>82</sup> Rawls, 1971: 20.

<sup>83</sup> Rawls, 1993: 187-188.

<sup>84</sup> Rawls, 1993: 188.

modelo constitucional democrático defendido por Rawls, el principio de la igualdad de la libertad incorporado a la constitución exige que “las libertades fundamentales de la persona y las libertades de conciencia y pensamiento estén protegidas y que el proceso político como un todo, sea un procedimiento justo. [A]sí, la Constitución establece un *status* general de igualdad ciudadana y realiza la justicia política”<sup>86</sup>.

Si miramos el proceso que nos propone RAWLS desde la perspectiva de los derechos, debemos concluir que la cuestión de consagrar ciertos derechos se concentra en el paso desde los principios de justicia a la configuración de “la justicia de las formas políticas y escoger una constitución”<sup>87</sup>. Ello implica, según nos aclara en *Political Liberalism*, 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”<sup>88</sup>. Por tanto, en este modelo la soberanía no reside en la legislatura, sino en el poder constituyente. Así, la regla de mayoría es el sistema de decisión en manos de cuerpos legislativos, con las restricciones establecidas por los elementos esenciales de carácter constitucional<sup>89</sup>.

En síntesis, RAWLS nos propone una construcción teórica a partir de la idea de pacto. En ella, los derechos individuales pasan a constituir una de las bases del diseño institucional, compartiendo un mismo nivel con las cuestiones de estructura de gobierno y proceso político. Estos son elementos centrales de una idea de democracia constitucional que explique el actual debate sobre los alcances del diseño constitucional sobre derechos fundamentales, donde precisamente la relación entre derechos individuales y diseño de poder (toma de decisiones, regla de mayorías, entre

---

<sup>85</sup> Rawls, 1993: 190-191.

<sup>86</sup> Rawls, 1993: 190.

<sup>87</sup> Rawls, 1993: 190. Un estudio de las consecuencias de este proceso ver Moreso, 2000: 15-51.

<sup>88</sup> Rawls, 1993: 217.

<sup>89</sup> Rawls, 1993: 220.

otros) es fundamental para determinar la legitimidad tanto de la consagración constitucional de derechos como de sus mecanismos de garantía.

## **2. EVOLUCION HISTORICA DE LA CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Habiendo revisado las bases teóricas desarrolladas por la doctrina, pasaremos a revisar cómo algunas de estas ideas se han concretizado en procesos políticos y sociales. Para este análisis me centraré en la recepción de los derechos individuales en los textos constitucionales y el diseño de los sistemas de control jurisdiccional como garantía de los derechos individuales<sup>90</sup>.

Desde una perspectiva histórica, el proceso de codificación del derecho público desarrollado a partir del s. XVIII determinó la forma en que serían incorporados los derechos fundamentales en las constituciones nacionales durante los siglos XIX y XX. Lo relevante es determinar las características concretas que adoptaron los principales procesos codificadores y cómo estos se adecuaron o no a los principios propuestos por la codificación.

La primera experiencia relevante y que marca el proceso venidero es el **caso norteamericano**. Si seguimos a Cruz Villalón, en este caso podemos distinguir dos etapas: una de fundamentación y otra de constitucionalización<sup>91</sup>. En la primera se desarrolla la idea de los derechos del hombre y la estructura política, ambas entendidas como una consecuencia del pacto social. De este modo, los derechos del individuo no son considerados como derechos anteriores al estado de sociedad política (derechos naturales), sino derechos que cambian su naturaleza y pasan a ser derivados de la idea de pacto<sup>92</sup>. En cuanto a la incorporación de estos derechos a la constitución, esto

---

<sup>90</sup> En la parte dogmática se recogen las declaraciones de derechos y, en la orgánica, la organización del poder, ver Ruiz Miguel, 2002: 277.

<sup>91</sup> Cruz, 1989: 43. En el mismo sentido, ver Hart Ely, 1997: 19-96.

<sup>92</sup> Cruz, 1989: 45.

es, su constitucionalización, esta tuvo un triple efecto: las declaraciones de derechos pasan a tener rango constitucional, su revisión quedó a disposición del constituyente y el control de la constitucionalidad de las leyes se realiza a través del procedimiento de la revisión judicial<sup>93</sup>.

En Europa el proceso está marcado por las experiencias de **Francia** y **Alemania**. El proceso de fundamentación se da en términos similares al americano, pero al momento de su constitucionalización se presentan algunos fenómenos que determinan su fracaso. Nos encontramos con la desnaturalización de los derechos y su desconstitucionalización<sup>94</sup>. La desnaturalización proviene del hecho que en las constituciones posteriores al proceso revolucionario sólo se establecen las garantías de los derechos, pero su definición deja de ser la base de la estructura de codificación del derecho público. La desconstitucionalización se produce porque los derechos individuales quedan fuera de la constitución, la que sólo contempla la estructura política del Estado<sup>95</sup>.

En el siglo XX, este proceso tiene un cierto giro, concretamente en Alemania, con el desarrollo de la República de Weimar. Aquí el constituyente desarrolló un amplio catálogo de derechos, aunque muchos de ellos con remisión a la ley, para ser desarrolladas por esta<sup>96</sup>. No será sino hasta mediados del siglo XX, tal como veremos en su oportunidad en esta tesis, que los derechos fundamentales ocupen un lugar central en la construcción constitucional alemana.

Los procesos americano y francés se enfrentaron a distintas adversidades, lo que marcó su desarrollo. Comparativamente, siguiendo a RUIZ MIGUEL, podemos señalar que en ambos procesos revolucionarios hubo una distinta concepción de la relación entre constitución-ley-control judicial de los derechos constitucionales. En particular, la

---

<sup>93</sup> Cruz: 1989: 45-48.

<sup>94</sup> Cruz, 1989: 51. Ver en el mismo sentido crítico a Ruiz Miguel, 2002: 275-291.

<sup>95</sup> Cruz, 1989: 52.

<sup>96</sup> Cruz, 1989: 57.

confianza-desconfianza del poder legislativo respecto de los otros poderes articula procesos diversos.

En la experiencia americana se considera a la Constitución como un instrumento de garantía de los derechos individuales frente al poder estatal, incluso por encima del poder legislativo. Esta tendencia se desarrolla en particular a partir de 1803, mediante la técnica del control judicial ordinario de constitucionalidad de la legislación<sup>97</sup>. Al contrario, en el caso francés, si bien en materia de declaraciones de derechos fue fructífero, el proceso puede ser considerado como un caso de desconstitucionalización de los derechos, en la medida que su regulación fue dejada por completo en manos de la ley. En la Francia revolucionaria había una gran desconfianza en el poder judicial, visto como un aliado del *ancien régime*. Esto determinó al parlamento y en consecuencia a la ley como la única instancia legítima para desarrollar y establecer los límites de los derechos enumerados en las declaraciones.

En América Latina este proceso de constitucionalización tuvo un gran impacto en el desarrollo institucional de las nuevas repúblicas. El constitucionalismo se manifestó en Latinoamérica a través de textos que consagraban largos y completos catálogos de derechos, pero en una gran mayoría de los casos estos eran meras declaraciones formales, alejadas de la realidad y sin mecanismos concretos que permitieran a la constitución influir en la toma de decisiones de la estructura estatal<sup>98</sup>. En materia de control de constitucionalidad, el constitucionalismo latinoamericano posee ciertas características particulares que hacen interesante su análisis. En efecto, en un primer momento siguió el modelo norteamericano de control constitucional. Sin embargo, con posterioridad a la segunda guerra mundial, el modelo europeo o concentrado se impuso, con la peculiaridad que en muchos sistemas constitucionales se conservó la facultad de los jueces ordinarios para no aplicar las normas legales en los casos que

---

<sup>97</sup> El caso clave en este proceso es *Marbury v. Madison*, para un completo análisis de sus implicancias en el constitucionalismo norteamericano, ver Ackerman, 1991: 41, 63, 71-72, 262.

<sup>98</sup> Para un completo análisis de este proceso, ver Garzón, 1993: 201-234 (225-234).

eran sometidos a su conocimiento. Se crean, en consecuencia, sistemas mixtos, duales o paralelos que combinan los paradigmas de control de constitucionalidad<sup>99</sup>.

A partir de estos datos del proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales es posible destacar la directa relación entre la teoría de los derechos y los procesos históricos y, en particular, cómo los desafíos de cada momento histórico determinan la aplicación de diseños y prácticas institucionales. Esta es una cuestión relevante para el objeto de esta investigación.

#### **IV. SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL**

Al igual que en el proceso de codificación del derecho público en el ámbito nacional, en el internacional también ha habido un desarrollo de la idea de derechos individuales como base del sistema normativo internacional en el siglo XX. A continuación analizaremos las bases teóricas que sustentan la construcción de un sistema normativo internacional de derechos humanos y revisaremos algunos de los hitos de su implementación histórica.

Esta sección permitirá observar ciertas similitudes y diferencias con los procesos teóricos y prácticos desarrollados en el ámbito nacional. Tener claridad acerca de las particularidades de cada proceso permitirá plantear más nítidamente el desafío de apuntar hacia un sistema que integre elementos de los modelos normativos nacionales e internacionales, tal como se desprende de la investigación que desarrollaré.

---

<sup>99</sup> En esto hemos seguido al ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Fix-Zamudio, 2003: 205-206.

## **1. JUSTIFICACION TEORICA DE LA CONSAGRACION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

El propósito de esta parte del estudio es analizar cómo se ha producido la consagración de los derechos individuales en el plano internacional. El centro del análisis de esta sección radicará en determinar cuáles son las bases teóricas que vinculan al derecho internacional público con el derecho internacional de los derechos humanos y el razonamiento para justificar la legitimidad del derecho internacional de los derechos humanos. Con este fin, analizaremos las primeras aproximaciones del derecho internacional público a la idea de derechos individuales, la justificación teórica de los derechos humanos en el sistema internacional y la evolución histórica de la consagración internacional de los derechos individuales.

### **1.1 Las primeras aproximaciones al derecho internacional público y los derechos individuales**

El derecho común había sido parte de las bases del sistema político y jurídico de Europa occidental desde el S. XIII. Sin embargo, a partir del siglo XVI una nueva realidad política emerge en el continente. El surgimiento de los Estados nacionales, que amenazan la unidad política imperial; la crisis religiosa, que ataca directamente la unidad espiritual sustentada sobre la base de la autoridad de la Iglesia católica; y, la crítica del humanismo jurídico a la bases del derecho común, configuran una idea de cambio en las bases que habían sostenido a Europa durante los últimos siglos. En ese contexto, surge una nueva corriente de pensamiento jurídico que renueva las bases doctrinarias y filosóficas del derecho: la escuela del iusnaturalismo católico.

La escuela clásica del iusnaturalismo católico o también conocida como la “segunda escolástica”<sup>100</sup> se desarrolla en España, particularmente en la Universidad de Salamanca. Es una corriente de pensamiento básicamente teológica, sin embargo, participa activamente en los temas propios del mundo de aquella época (s. XVI). Para

---

<sup>100</sup> Bellomo, 1996: 244.

estos pensadores el derecho terrenal tiene inspiración divina, pero debemos captar e interpretar sus señales en la naturaleza<sup>101</sup> y el medio para captar esas premisas universales es la razón común<sup>102</sup>. Esta observación de la naturaleza trae consecuencias notables en su pensamiento. Así, para el iusnaturalismo católico los hombres no son iguales: algunos deben mandar. Es el gobernador quien debe tomar las decisiones adecuadas, justificando el *dominium* sobre las cosas y personas. En el campo jurídico, esta escuela de pensamiento cuestiona los textos Justinianos por ser insuficientes para resolver los nuevos temas que estaban en discusión en Europa.

La escuela clásica del iusnaturalismo católico delimita el campo que abarca el Derecho Natural separado del derecho de gentes. Pertenecen al Derecho Natural los principios más evidentes, así como también algunas conclusiones que se derivan con absoluta necesidad (“conclusiones necesarias”). Al *derecho de gentes* pertenecen las “conclusiones que se derivan de esos principios sin absoluta necesidad, las conclusiones que no son estrictamente necesarias o cuya necesidad no es conocida con evidencia”<sup>103</sup>. De esta forma, la delimitación del Derecho Natural se obtiene a través de un proceso de derivación lógica, tesis que se diferencia de los postulados de Santo Tomás de Aquino.

En medio de un mundo que cambia sus fronteras y sus horizontes, surge la necesidad de resolver los problemas planteados por el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo derecho. Hasta ese momento, en Europa occidental, había un Derecho que era aceptado por todos y en torno al cual se buscaban las respuestas (derecho común). En la época de los descubrimientos esa certeza, construida sobre la base de un derecho universal, deja de estar presente<sup>104</sup>. Por tanto, se pone en duda al derecho común como una fuente legítima de donde obtener las respuestas que permitan resolver conflictos de la época. Por otra parte, en Europa se

---

<sup>101</sup> Bellomo, 1996 : 245.

<sup>102</sup> Villey, 1975: 362.

<sup>103</sup> Paniagua, 1992: 104.

<sup>104</sup> García-Gallo, 1982: 156-158.

producen cuestionamientos, ya no sobre la validez universal derecho común, sino sobre la justicia de sus soluciones<sup>105</sup>.

En este contexto, surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como derecho internacional o derecho de gentes. La necesidad de la época era resolver los conflictos presentados por quienes estaban fuera del área de influencia del derecho común. De allí que la problemática se planteara en torno a las nuevas tierras descubiertas y se relacionara directamente con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios, entre otros temas. En este marco, se inicia el proceso de búsqueda de soluciones a la cuestión del encuentro de estas sociedades y culturas, siendo Francisco de Vitoria la figura clave en esta búsqueda de un derecho superior, tanto al derecho común como al derecho indígena. Del pensamiento de Vitoria surge la idea de sustituir el derecho común por el *ius gentium* que, en palabras de García-Gallo, era “un derecho natural y por consiguiente válido para todos”<sup>106</sup>. El derecho de gentes planteado por Vitoria era amplio, ya que incluía no solo a los soberanos como sujetos, sino que también a los individuos<sup>107</sup>.

Más adelante, en el pensamiento iusnaturalista racionalista se produce la distinción entre Derecho y Moral. En esta dicotomía, el derecho internacional fue catalogado dentro de las normas morales y, por tanto, sin eficacia práctica. Una excepción a estos planteamientos es el pensamiento de Gentile y Grocio, quienes sostienen una tesis ecléctica. Gentile establece criterios que combinan reglas jurídicas entre Estados constituidas por costumbres y reglas<sup>108</sup>. Grocio también sostiene una unión ecléctica, donde concurren elementos jurídicos y morales (*De iure belli ac pacis*), sin mayores distinciones al momento de analizar diversas instituciones del derecho internacional<sup>109</sup>. Pero la tendencia en el modelo iusracionalista fue la distinción estricta entre derecho y

---

<sup>105</sup> García-Gallo, 1982: 159.

<sup>106</sup> García-Gallo, 1982: 164.

<sup>107</sup> Ruiz Miguel, 250.

<sup>108</sup> Ruiz Miguel, 253.

<sup>109</sup> Ruiz Miguel, 253-255.

moral. Autores como Pufendorf, Tomasio y Wolf, ponen al derecho internacional entre las normas morales, sin fuerza vinculante para los Estados.

Vattel constituye uno de los hitos en el desarrollo del pensamiento sobre el derecho internacional, con consecuencias que se extienden hasta nuestros días en el debate sobre la justificación de la obligatoriedad del derecho internacional. Su tesis ecléctica se funda en la idea que los derechos positivos, originados en la soberanía de los Estados, están sometidos a reglas que a su vez aplican normas del Derecho natural fundadas en la “justa razón”. En el pensamiento de VATTEL los Estados constituirían una *société de nations*, sometidas al derecho natural “pero a la vez, relacionados con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo”<sup>110</sup>. Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional estará en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos.

Un último hito relevante en la relación entre derecho internacional y derechos individuales es el pensamiento kantiano, desarrollado a fines de la Ilustración. La tesis de KANT sobre un cosmopolismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado con los derechos humanos. A diferencia de la tesis de HOBBS que ve al sistema internacional como una situación de estado de naturaleza regida por la fuerza, KANT plantea la relación internacional como una “sociedad de naciones” que podría alcanzar lo que denomina una “paz perpetua” y no sólo un estado de paz entre-guerras<sup>111</sup>.

La idea kantiana sobre la sociedad internacional se sustenta en las siguientes bases<sup>112</sup>: la forma de superar el estado de guerra en que se encuentran las naciones no es aspirar hacia un Estado único o un Estado mundial centralizado que constituya una *asociación* universal de *Estados* -análoga a la asociación de individuos que constituyen

---

<sup>110</sup> Ruiz Miguel, 2002: 260.

<sup>111</sup> Kant, 1998.

<sup>112</sup> Un buen análisis del pensamiento kantiano en clave histórica, ver Ruiz Miguel, 2002.

un Estado-; la propuesta de KANT es aspirar a una “Sociedad de Naciones”, esto es, una suerte de confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento<sup>113</sup>. La aspiración final de esta “sociedad de naciones”, cual sería la “paz perpetua”<sup>114</sup>, sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional “fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse”<sup>115</sup>. Un elemento importante en este pensamiento, y que tiene influencia en el desarrollo del derecho internacional, es su tesis de que este proceso sólo sería posible entre Estados “republicanos”, entendiendo por tales aquellos que poseen una forma de gobierno no despótica, esto es, que garantizan derechos individuales a la libertad (sin que fuese necesario estar ante un gobierno de tipo representativo)<sup>116</sup>.

Los planteamientos de KANT están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un “orden público internacional” basado en derechos humanos. Esta idea se funda en un orden internacional en que uno de los elementos es la soberanía de los Estados, quienes confluyen en una organización supranacional (actual Organización de Naciones Unidas) y se encuentran regidos por el derecho internacional público. En este contexto, los Estados se encuentran legitimados por el respeto de los derechos individuales, constituyendo un modelo compatible con diversas formas de gobierno.

---

<sup>113</sup> “Esto sería una Sociedad de naciones, la cual, sin embargo, no debería ser un Estado de naciones. En ello habría, empero, una contradicción; todo Estado implica la relación de un superior -el que legisla- con un inferior -el que obedece, el pueblo-; muchos pueblos, reunidos en un Estado, vendrían a ser un solo pueblo, lo cual contradice la hipótesis; en efecto, hemos de considerar aquí el derecho de los pueblos, unos respecto de otros, precisamente en cuanto que forman diferentes Estados y no deben fundirse en uno solo”, Ver, Segundo artículo definitivo de la paz perpetua: el derecho de gentes debe fundarse en un federación de estados libres (La Paz Perpetua, 1795).

<sup>114</sup> “La constitución republicana, además de la pureza de su origen, que brota de la clara fuente del concepto de derecho, tiene la ventaja de ser la más propicia para llegar al anhelado fin: la paz perpetua”. Ver, Primer artículo definitivo de la paz perpetua: la constitución política debe ser en todo Estado republicana (La Paz Perpetua, 1795)

<sup>115</sup> Citado en Ruiz Miguel, 2002: 262.

<sup>116</sup> Kant entiende por tales: “La constitución cuyos fundamentos sean los tres siguientes: 1.º, principio de la «libertad» de los miembros de una sociedad -como hombres-; 2.º, principio de la «dependencia» en que todos se hallan de una única legislación común -como súbditos-; 3.º, principio de la «igualdad» de todos -como ciudadanos-, es la única constitución que nace de la idea del contrato originario, sobre el cual ha de fundarse toda la legislación de un pueblo. Semejante constitución es «republicana». Ver, Primer artículo definitivo de la paz perpetua: la constitución política debe ser en todo Estado republicana (La Paz Perpetua, 1795)

Esta ha sido la base del esfuerzo de construcción por parte de la comunidad internacional, que ha servido de sustento para desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, se puede sostener que la relación entre el derecho internacional y los derechos individuales está presente desde los orígenes del pensamiento internacional. Las ideas centrales sobre la explicación del derecho internacional como un sistema en el que confluyen elementos positivos y principios éticos, así como la construcción de un orden internacional fundado en Estados respetuosos de los derechos individuales y vinculados por un orden internacional regido por el derecho, son precisamente las bases sobre las que descansa la construcción del sistema normativo internacional de derechos humanos.

## **1.2. Visión teórica: justificación de los derechos humanos en el sistema internacional**

Un lugar común en el tratamiento del tema de los derechos humanos en el ámbito internacional ha sido justificarlos en base a sus funciones en el sistema internacional. En efecto, si observamos la argumentación de Rawls sobre los derechos humanos encontraremos una construcción definida sobre la base de qué rol cumplen los derechos en el sistema internacional. Así, señala que los derechos humanos “constituyen una clase especial de derechos urgentes”, su violación es condenada por pueblos liberales razonables y por pueblos jerárquicos decentes<sup>117</sup>. El objetivo de estos derechos es restringir el derecho a la guerra legítima entre pueblos y limitar la autonomía interna del régimen. De esta forma, nos encontramos con dos elementos: estos son derechos “especiales” y cumplen una función central en el derecho internacional en cuanto límite a la actividad de los Estados, tanto interna como externa.

En una línea similar podemos ubicar a BOBBIO. Para el profesor italiano, lo central en materia de derechos humanos será protegerlos y no justificarlos<sup>118</sup>. Para este autor el

---

<sup>117</sup> Rawls, 1999: 93.

fundamento de los derechos puede llevar a una discusión que impida que estos cumplan con su rol, cual es, servir de protección a la personas. Similar al razonamiento de Bobbio fue la postura al momento de definir el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ese momento, uno de sus artífices, Jacques MARITAIN, sostuvo que esta Declaración es un claro ejemplo de una “formulación común de [tales] conclusiones prácticas y sin una “común justificación racional”<sup>119</sup>.

Si bien estas posturas aportan desde el punto de la relevancia de los derechos humanos y el éxito del proceso de consagración internacional, no resuelven el tema de su justificación.

Una justificación podría ser exclusivamente positivista: los derechos humanos obligan porque así lo establecen los catálogos suscritos por los Estados. Sin embargo, si bien esto es claro desde la perspectiva de su obligatoriedad, no es suficiente para justificarlos en su estado actual, que mira más allá de la voluntad del Estado (pensemos en las normas *ius cogens*, directamente vinculadas con ciertas disposiciones de derechos humanos). Además, bastaría dejar sin efecto el acuerdo para terminar con la idea de derechos humanos, lo cual no parece razonable si estos son, precisamente, límites a la voluntad soberana.

Si partimos el análisis sobre la justificación desde el rol que estos desempeñan en el derecho internacional actual, tendríamos que convenir que los derechos cumplen con dos funciones centrales para la convivencia de la comunidad internacional: sirven de límite a la soberanía y además son un elemento clave para la legitimidad del Estado en cuanto partícipe de la comunidad internacional. De esta forma, para el sistema internacional y, en particular, para justificar el derecho internacional de los derechos humanos es central dar respuesta a la pregunta ¿qué justifica que estos derechos cumplan con funciones tan centrales?

---

<sup>118</sup> “... el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”, Bobbio, 1991: 61.

<sup>119</sup> Maritain, 1951: 83.

Sin duda, la respuesta a la pregunta sobre la “especialidad” de estos derechos no podría ser “porque los Estados se han obligado” o “porque los Estados a través de sus prácticas internacionales los han validado”. Es necesario buscar el porqué de esta concurrencia de voluntades en el ámbito internacional.

Al igual que en el ámbito nacional, la respuesta sobre la justificación de los derechos humanos en el ámbito internacional no puede estar dada por una visión comprehensiva o abarcativa del ser humano, esto es, por una respuesta moral acerca de qué es el ser humano y su lugar en la comunidad internacional. En la comunidad internacional concurren una multitud de respuestas morales que deben convivir en cierto pie de igualdad, lo que obliga a buscar alguna respuesta que no suponga alguna de estas visiones.

RAWLS sostiene que una forma de entender la justificación de los derechos en el ámbito interno es buscar en la cultura política implícita los elementos que permitan sustentar una determinada justificación política del acuerdo en base a derechos. Dicha justificación es política porque no pretende entregar una respuesta moral que suponga una determinada visión comprehensiva del ser humano, sino que busca servir como una explicación a la que puedan adherir sujetos razonables con distintas visiones morales<sup>120</sup>.

Si aplicamos la visión de RAWLS, deberemos determinar sobre qué base se ha construido el derecho internacional, pues este ha servido a su vez de fundamento para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

En el campo del derecho internacional es evidente que toda la construcción del sistema normativo se ha erigido sobre la idea de autogobierno<sup>121</sup>. El fundamento sobre el que se construyen las instituciones y relaciones internacionales es el respeto por el

---

<sup>120</sup> Este es precisamente el objetivo de Rawls en su obra *Liberalismo Político*, Rawls, 1993.

<sup>121</sup> Macedo, 2004: 1721-1738.

autogobierno<sup>122</sup>. Los Estados construyen sus relaciones y han diseñado el sistema normativo internacional entendiendo que cada uno debe ser tratado de forma tal que se respete este concepto<sup>123</sup>. Sobre dicha base se derivan ciertos principios básicos: el respeto a los acuerdos internacionales (*pacta sunt Servando*), el respeto a la soberanía, y también el respeto a los derechos humanos<sup>124</sup>.

En efecto, en la medida que los Estados representen a sus ciudadanos en la esfera internacional, es necesario que se respete un mínimo de derechos en el ámbito interno. Esto permitiría que el autogobierno sea una expresión legítima de la voluntad de los individuos manifestada a través del Estado. Si los Estados van a representar la voluntad de sus ciudadanos en las relaciones internacionales, es necesario que se garantice que dicha voluntad cumple con ciertos requisitos mínimos que la legitime en tanto expresión de la voluntad soberana de los ciudadanos, respetuosa de los límites que impone a las mayorías.

Si los Estados reclaman el respeto por su autogobierno, necesariamente deben estar en condiciones de garantizar el respeto por ciertos derechos mínimos en el ámbito local, base de su legitimidad. La protección internacional de los derechos humanos es

---

<sup>122</sup> En este sentido es interesante tener en consideración que la idea de autogobierno no debe ser entendida como parte de un esquema interno/externo, sino que el autogobierno “representa un estándar de legitimidad política en el marco de los derechos humanos (...) la autodeterminación sustantiva se compone de dos elementos (...) aspecto *constitutivo*, la autodeterminación requiere que el diseño institucional de las instituciones de gobierno refleje sustancialmente el resultado de procesos guiados por la voluntad del pueblo o pueblos gobernados. En segundo lugar, en lo que puede denominarse su aspecto *continuado*, la autodeterminación exige que el diseño de las instituciones políticas, independientemente de los procesos que llevan a su creación o transformación, permita a la gente vivir y desarrollarse libremente de forma permanente” (Anaya, 2005: 151-2).

<sup>123</sup> La tesis aceptada predominante en el derecho internacional público sostiene que la soberanía y la igualdad entre Estados representa la doctrina constitucional básica del derecho de las naciones, cuyo corolario será el dominio reservado de ciertos temas, expresado en el principio de no intervención. El límite de este dominio reservado, entre otros, dirá relación precisamente con temas de derechos humanos (arts. 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas), el que ha sido vinculado con amenazas a la paz y seguridad internacional (Brownlie, 1998: 293-299).

<sup>124</sup> Precisamente, estos elementos son los constitutivos de lo que se ha denominado los “principios fundamentales del orden jurídico internacional” expresados, entre otros, en la Carta de Naciones Unidas (arts. 1 y 2), la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas* (adoptada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1970 –Resolución 2625 (XXV), en este sentido ver Mariño, 2005: 77-79).

un mecanismo para garantizar, precisamente, la legitimidad de la actuación del Estado. Los catálogos de derechos son, en consecuencia, la manifestación del acuerdo sobre esos derechos mínimos, mientras que los sistemas de control internacional en materia de derechos humanos se justifican como una forma de garantizar un legítimo autogobierno.

Esta justificación no sólo es razonable a la luz de las ideas implícitas en la comunidad política internacional, sino que además está en concordancia con el fundamento del propio derecho internacional público. En efecto, tal como hemos señalado *supra* se ha dado una justificación dual del derecho internacional, esto es, su legitimidad está dada por la concurrencia armónica de decisiones soberanas positivas (tratados, costumbre) y el respeto por ciertos principios morales (autogobierno).

## **2. LA EVOLUCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO INTERNACIONAL: UNA MIRADA EXPLICATIVA**

He determinado que la consagración de los derechos humanos en el ámbito internacional se justifica en la idea de autogobierno. Ahora corresponde explicar la evolución que ha tenido este tema en el ámbito internacional. Me parece que podemos recurrir metodológicamente a la idea de consenso superpuesto elaborada por Rawls para desarrollar esta explicación, aun cuando el contenido que este autor le asigna me parece insuficiente a la luz de la evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos.

Tal como lo expresa Rawls en la primera parte de *Political Liberalism*, los problemas que presenta su libro *A Theory of Justice* dicen relación con la explicación de la estabilidad, ya que no sería una teoría coherente con el resto de dicha obra y además sería poco realista al exigir una visión comprehensiva de tipo kantiano a todos los ciudadanos. Su propuesta para superar esto es a través de la noción de “consenso superpuesto”. Esta idea permitiría sostener la factibilidad de una concepción política de la justicia, es decir, de una respuesta no asociada a una concepción moral acerca del ser humano, sino que compatible con distintas concepciones razonables. Por tanto, el

“consenso superpuesto” permitiría la convivencia de diferentes concepciones en la medida que estas sean razonables, lo que hace de la tesis de Rawls una respuesta de filosofía política (búsqueda de bases para la convivencia política) y no de filosofía moral (búsqueda de la verdad).

El consenso superpuesto supone la concurrencia de tres factores: profundidad, amplitud y concepciones implícitas en el centro del consenso. En cuanto a la profundidad del consenso, este debe versar sobre principios aparte de la subyacente concepción de la sociedad y del ciudadano. Respecto de la amplitud del consenso, Rawls propone que los derechos, libertades y procedimientos incluidos en el consenso constitucional abarquen todos los elementos de la estructura básica de la sociedad (acuerdo constitucional, social, económico) y no solo una parte limitada de las cuestiones políticas fundamentales que se debatirán<sup>125</sup>. Finalmente, en cuanto a las concepciones implícitas, destacan dos: la sociedad considerada como un sistema justo de cooperación y la concepción de la persona como ciudadano libre e igual<sup>126</sup>.

Rawls plantea un acuerdo en etapas, desde un *modus vivendi* a un consenso constitucional, para luego arribar a un consenso superpuesto. Este proceso supone que las concepciones comprensivas razonables permitan que se desarrolle un acatamiento independiente de la concepción política que contribuya a lograr un consenso. Todo el proceso se funda en la idea que las partes irán adquiriendo cierta confianza en el actuar de los otros, lo que permitiría lograr estos pasos de consenso<sup>127</sup>.

El encargado de tomar estas ideas y llevarlas al ámbito internacional ha sido DONNELLY<sup>128</sup> quien, intentando una construcción liberal de los derechos humanos, fija la base del "Consenso superpuesto" en la Declaración Universal de Derechos

---

<sup>125</sup> Rawls, 1993: 165.

<sup>126</sup> Rawls, 1993: 165-166.

<sup>127</sup> Rawls, 1993: 167.

<sup>128</sup> Donnelly, 2003. El trabajo de Donnelly es un excelente intento por explicar los derechos humanos desde una perspectiva liberal.

Humanos. Sin embargo, como en todo consenso, no todos concurren a él, por lo que es posible que algunas visiones queden excluidas. Estas serán aquellas visiones abarcativas que rechacen ideas mínimas de igualdad. Bajo esta concepción, los derechos humanos son un consenso político y no moral, lo que permite que diversas visiones los puedan incorporar (teorías sobre la democracia diversas que consideran justificado contar con ciertos derechos que constituyan límites a la regla de mayorías)<sup>129</sup>.

A mi juicio, la visión de DONNELLY es un acercamiento interesante, pero puede ser explorado con mayor profundidad. En efecto, hay una cuestión que queda fuera de su análisis y que es de la mayor importancia. Al fijar el consenso superpuesto en la Declaración Universal lo que está haciendo este autor es ver dónde se expresó inicialmente la base para llegar a un "Consenso superpuesto", pero no donde este se sustenta actualmente. En efecto, tal como hemos visto, el "Consenso superpuesto" supone un acuerdo profundo y amplio. Por tanto, es necesario ver la profundidad y amplitud del acuerdo internacional sobre los derechos humanos en su estado actual de desarrollo.

Claramente los derechos humanos como un consenso superpuesto cumplen con las condiciones generales impuestas por RAWLS. Es un acuerdo razonable que excluye visiones abarcativas incompatibles con una visión mínima de la justicia. Los derechos humanos consagrados internacionalmente no son tan amplios como para que cualquier Estado concurra al acuerdo, sino que supone una visión de la soberanía limitada tanto externa como internamente.

Hasta aquí mi acuerdo con RAWLS. A partir de este punto me parece que es posible una interpretación extensiva de estos conceptos básicos a la luz del estado actual del derecho internacional de los derechos humanos. Coincido con RAWLS en que los derechos se justifican en las ideas implícitas del derecho internacional. Asimismo, coincido en que el consenso superpuesto permite un punto común para explicar el desarrollo de la consagración internacional de los derechos humanos, sin que

---

<sup>129</sup> Donnelly, 2003: 38-53.

necesariamente se deba compartir una visión comprehensiva del ser humano. Sin embargo, me parece que es posible extraer algunas conclusiones más allá del punto que nos fija RAWLS en este ámbito.

Los derechos humanos consagrados internacionalmente parecen cumplir con estos requisitos de amplitud y profundidad exigidos. Son lo suficientemente **amplios** ya que están referidos a cuestiones centrales del diseño institucional. Dicen relación con las tres materias centrales en la construcción de un sistema de cooperación equitativo: derechos de libertad, derechos de igualdad y derechos de participación. El conjunto de estos derechos está basado fundamentalmente en principios sustantivos como la idea de dignidad del ser humano, la que se expresa en principios más concretos que tienden a su realización: libertad e igualdad. Los instrumentos sobre derechos humanos no se limitan a consagrar solo aspiraciones genéricas, sino que se concretan en principios y reglas que tienen consecuencias directas para la actividad de los Estados. De este modo, se establecen límites que operan como barreras a la actividad estatal y también obligaciones positivas de ejecución de ciertas medidas, dejando fuera de lo negociable cuestiones centrales para la estructura básica de la sociedad. La amplitud de este acuerdo permite el desarrollo de diversas formas de concreción de estos derechos mínimos y urgentes, posibilitando el desarrollo pleno de las personas a través de procesos de competencia política entre visiones comprehensivas razonables y el juego de mayorías.

Los derechos humanos representan también un acuerdo lo suficientemente **profundo**. Si bien estos derechos no suponen una cierta visión comprehensiva del ser humano, sí representan un consenso acerca de la forma en que las personas deben ser tratadas por los Estados: se debe respetar su dignidad intrínseca en cuanto sujeto titular de ciertos derechos mínimos y universales definidos internacionalmente. Por su parte, los derechos humanos suponen también una cierta visión de la comunidad de naciones, donde su respeto es uno de los principios de la convivencia entre los Estados.

En efecto, los instrumentos normativos internacionales que consagran derechos humanos se han preocupado de establecer ciertos principios que sustentan el acuerdo

colectivo. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su preámbulo la base de todo el sistema de derechos: “*Considerando* que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Y en su artículo 1 dispone: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Por su parte, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 en su preámbulo común señalan: “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” (...) “*Reconociendo* que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”. Estos postulados sirven de base para la consagración de los derechos contenidos en dichos instrumentos.

En el plano regional, la Convención Europea de Salvaguardia de los derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales señala: “Reafirmando su profundo apego a estas libertades fundamentales, que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democráticos, y, de otra, en una concepción común y un común respeto a los derechos del hombre que ellos invocan.” La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone:

“*Reconociendo* que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Podemos ver, en consecuencia, que el sistema internacional de derechos humanos se basa en la idea que el respeto de estos derechos consagrados internacionalmente es esencial para la convivencia internacional.

En este contexto, es legítimo que surja la pregunta sobre si los derechos humanos consagrados internacionales representan efectivamente un "Consenso superpuesto" o, más bien, estarían en algunas de las **etapas** previas según el esquema rawlsiano: *modus vivendi* o acuerdo constitucional. En este sentido, me parece que la situación actual de los derechos humanos representa un claro ejemplo de la progresividad en el acuerdo. Al término de la segunda guerra, el origen del acuerdo parecía un caso de *modus vivendi*, donde se llamaba la atención sobre la necesidad de respetar ciertos derechos mínimos que eran parte del acuerdo político más amplio representado por la Organización de Naciones Unidas. Sin embargo, el desarrollo posterior muestra un avance sustantivo hacia un "Consenso superpuesto". El paso a un estadio como el descrito por RAWLS bajo la figura del "acuerdo constitucional" es claro en todo el período de la suscripción de tratados internacionales en materia de derechos humanos que luego van siendo incorporados en las legislaciones nacionales. Además, este acuerdo se profundiza a través de la consagración de ciertos mecanismos de control internacional de la actividad de los Estados.

Por su parte, el paso hacia un "Consenso superpuesto" a nivel internacional parece estar dado por la incorporación en el ámbito interno no sólo de la normativa, sino que también de los estándares internacionales sobre derechos humanos (sobre este aspecto me concentraré en esta investigación), configurándose un sistema de control jurisdiccional de derechos humanos. En efecto, la profundización del acuerdo se manifiesta en la incorporación ya no sólo de los instrumentos internacionales, sino que también en la creciente incorporación de los estándares internacionales sobre derechos humanos en los sistemas normativos nacionales tanto en materias legislativas como jurisdiccionales, lo que demuestra una creciente confianza en la consagración y control internacional de derechos humanos.

La construcción, a través de actos soberanos, de un sistema jurisdiccional internacional con tribunales que dictan decisiones vinculantes para los Estados -y que son cumplidas por estos-, profundiza asimismo el acuerdo de apelar a instancias internacionales en materia de derechos humanos como forma de resolver cuestiones de convivencia. Este es claramente un acuerdo sustantivo en los términos planteados por RAWLS.

Parte de este "Consenso superpuesto" sobre los derechos humanos son las modificaciones en las prácticas y en la institucionalidad internacional, las que demuestran un consenso más amplio y profundo que el tenido en vista en los inicios de la internacionalización de los derechos humanos. Los Estados han comenzado a intervenir, incluso por la fuerza, frente a decisiones internas que implican graves violaciones a los derechos consagrados internacionalmente. Finalmente, otro dato interesante de este consenso más profundo, es la modificación de la propia estructura de Naciones Unidas para elevar el status de los derechos humanos en la organización política internacional. Esto a través de la creación de un "Consejo de Derechos Humanos" como parte de la orgánica principal de Naciones Unidas, modificación que fue justificada precisamente por la relevancia que el tema de los derechos humanos tiene en la organización del principal foro político del sistema internacional<sup>130</sup>.

En definitiva, hoy es posible sostener que los derechos humanos consagrados internacionalmente se explican como un "Consenso superpuesto" respecto de aquellos derechos mínimos y urgentes que los Estados deben respetar y que pueden ser objeto de un control internacional. Esto constituye una explicación de su evolución, sin que su justificación haya variado. En efecto, la justificación de los mismos sigue siendo el autogobierno, y el "consenso superpuesto" no es más que un instrumento para explicar su estado actual.

---

<sup>130</sup> Informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General, "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", 21 de marzo de 2005.

### **3. HITOS PRINCIPALES DE LA EVOLUCION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX. De ahí que sea necesario situar adecuadamente el contexto a partir del cual comienza a desarrollarse el sistema internacional y, en particular, el proceso de codificación internacional de los derechos humanos.

#### **3.1. El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales**

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa<sup>131</sup> y posteriormente en el resto del mundo, tiene su origen en el reconocimiento del fracaso de los sistemas de protección de los individuos en el ámbito interno. El constitucionalismo europeo de la posguerra reconoce que el sistema constitucional desarrollado desde el siglo XVII, basado en la soberanía estatal sin frenos adecuados, no pudo impedir la tragedia de la segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Los sistemas nacionales no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y, por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales. Sobre esta premisa se desarrolló una nueva y revitalizada visión de los límites institucionales al poder estatal.

Frente a este análisis de la realidad se desencadenan dos procesos. Por una parte, se fortalecen los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte acompañado de un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamentales<sup>132</sup>. Este será objeto de estudio en los capítulos

---

<sup>131</sup> Sobre los alcances de este proceso, ver Carbonell, 2003.

siguientes de esta tesis. Por otra parte, se desarrolla un sistema de protección internacional de los derechos humanos.

### **3.2. El gran cambio para el derecho internacional: la experiencia de las guerras mundiales**

Desde sus inicios, el derecho internacional ha desarrollado mecanismos de protección de los individuos. Estos mecanismos, tradicionalmente, decían relación con la intervención del Estado en la protección de los ciudadanos. Este era el caso de la protección diplomática, que en palabras de Buerghenthal, fue “un primer signo de la intervención de terceros Estados en la relaciones entre un gobernante y sus gobernados (...) que constituía una extensión de la soberanía nacional”. Asimismo, la abolición de la esclavitud se enmarca entre los “esfuerzos destinados a resolver un problema de derechos humanos, es decir, de derechos pertenecientes a todos los individuos por el solo hecho de existir”. Otros ejemplos de estos mecanismos son la protección de minorías, cuyo “objetivo (...) fue el de asegurar para estas minorías un trato justo e igualitario y el respeto de su lengua, religión y costumbres”; y finalmente, la intervención humanitaria, entendiéndose por tal la “intervención armada en el territorio de un Estado con el fin de proteger la vida de extranjeros o nacionales que habitan ese territorio”<sup>133</sup>.

Un primer paso dentro del sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la I guerra mundial. Fundamentalmente, se promueve una actividad importante para atender las siguientes cuestiones: desarrollar un sistema de protección de minorías; desarrollar un sistema internacional de protección trabajadores (destaca en este campo la creación de la Organización Internacional del Trabajo); y profundizar el sistema internacional de protección de las personas refugiadas<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Para ver un tratamiento integral de este proceso, ver los textos de Favoreu, 1998 (Francia); Peces-Barba, 1999 (España); Alexy, 2002 (Alemania).

<sup>133</sup> Buerghenthal, 1998: 31-47. Una visión general sobre el desarrollo histórico de la protección internacional ver Meron, 2006.

Posteriormente, frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la II Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un orden internacional por encima de los Estados, que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro. Se crearon organizaciones internacionales en el plano político (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa); en lo económico se diseñó un sistema internacional (Fondo Monetario internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo); en lo militar surgieron pactos internacionales (OTAN, Pacto de Varsovia); en el campo del derecho humanitario se desarrollaron nuevos instrumentos internacionales (Convenciones de Ginebra de 1949) y en materia de refugiados se comenzaron a desarrollar instituciones y documentos internacionales (Alto Comisionado para los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) propiamente tal comenzó a desarrollarse como parte de este esfuerzo por establecer un nuevo orden internacional. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes. Parecía claro que no era posible dejar entregado a la “soberanía” de cada Estado el destino de los individuos.

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y en la creación de mecanismos de promoción y protección internacionales de estos derechos. La idea tras este proyecto era evitar violaciones masivas a los derechos humanos como las ocurridas durante la Guerra. Para ello se creó un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que estas se transformaran en violaciones masivas y sistemáticas, teniendo un énfasis fundamentalmente preventivo<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Buergenthal, 1990: 12-14.

<sup>135</sup> Medina, y Nash, 2003: 18.

No podemos dejar de considerar que todo este proceso está marcado por el contexto político del mundo de la posguerra. La Guerra Fría y su consecuente división del mundo en bloques antagónicos impidió un desarrollo fluido de la idea del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación política mundial estaba marcada por la división bipolar y también por un mundo desigual. Había países desarrollados, como Estados Unidos; países que querían volver al desarrollo pleno después de la devastación provocada por la guerra, como muchos países europeos; países que vivían en el subdesarrollo, como los países latinoamericanos; y países que lentamente empezaban su vida independiente, como las colonias africanas. Estos hechos políticos impidieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas<sup>136</sup>.

Sin embargo, el surgimiento de un movimiento internacional en pro de los derechos humanos y la presión ejercida por la ciudadanía permitieron dar pasos importantes, tanto a nivel universal como regional, que reseñaremos en este estudio.

#### **4. PRINCIPIOS Y PROPOSITOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

El principio que ha inspirado el sistema de codificación del DIDH desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos, es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que les son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino que internacional.

Dar **efectividad** a la protección de los derechos humanos ha sido el propósito final de todo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno

---

<sup>136</sup> Esta reafirmaba "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeños", ver Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema.

Desde el punto de vista del derecho internacional, el sistema de codificación de los derechos y el establecimiento de los mecanismos de control buscan consagrar un **orden público internacional** centrado en la idea de los derechos humanos para garantizarlos en la realidad de cada país. La preocupación por la situación de los individuos pasa a ser un tema de interés para toda la comunidad internacional y escapa de los límites de la soberanía de los Estados.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado:

“La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre)”<sup>137</sup> .

Tanto la efectividad como el establecimiento de un sistema internacional busca la **prevención** de violaciones de derechos humanos. El DIDH pretende, desde sus inicios, ser una guía de los sistemas nacionales y una alternativa en casos de fracaso de las instancias nacionales. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y, por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos.

---

<sup>137</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte I.D.H.”), *Caso de los 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 181.

Este propósito general de construir un sistema de control internacional de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos se refleja en forma muy clara en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Este artículo puede ser interpretado como la base de una concepción de los derechos humanos que demanda su institucionalización tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional y, por tanto, nos sirve como un buen nexo entre ambos sistemas normativos de derechos individuales<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Para un estudio completo sobre los alcances del art. 28 de la DUDH y sus implicancias para la concepción de derechos humanos, ver Pogge, 2000.



---

**CAPITULO II. PRECISIONES CONCEPTUALES Y  
METODOLOGICAS**

---



Habiendo establecido en el capítulo anterior las principales argumentaciones sobre la fundamentación de los sistemas normativos de derechos fundamentales y la evolución histórica de los mismos, corresponde ahora establecer el marco conceptual y metodológico en el que se desarrollará este estudio. En primer lugar, delimitaré el alcance de la distinción entre concepto y concepción, aplicado al tema de los derechos fundamentales. Esta distinción es básica para comprender nuestro estudio, ya que este se construye sobre la base de que existe una idea común sobre derechos fundamentales en el constitucionalismo (concepto) y que al ser aplicados sus elementos constitutivos a la realidad, estos adquieren ciertas particularidades que permiten diferentes formas de concreción del concepto compartido sobre derechos fundamentales (concepción).

En segundo lugar, delimitaré el concepto de derechos fundamentales, distinguiéndolo de otras nociones que se han desarrollado para limitar el poder estatal. Esto me permitirá arribar a un concepto de derechos fundamentales que permita la construcción de una concepción acorde con la jurisprudencia constitucional en derechos fundamentales en América Latina. A partir de este concepto de derechos fundamentales, voy a clarificar cuáles son los elementos claves para configurar una concepción de derechos fundamentales.

En tercer lugar, formularé una reseña con las principales características de los sistemas normativos constitucionales que se estudiarán en esta investigación, tanto del sistema europeo como latinoamericano.

## **I. PRECISIONES CONCEPTUALES**

### **1. CONCEPTO Y CONCEPCION**

En Derecho hay ciertas nociones en torno a las cuales existe un acuerdo básico sobre su contenido y elementos que lo configuran, esto es, tenemos claridad sobre su concepto. Pero puede ocurrir que con respecto de ciertas expresiones, si bien sea

posible determinar los elementos que las configuran, su contenido varíe. En estos casos, estaremos ante diversas concepciones relativas a un concepto determinado. Según DWORKIN la distinción básica entre “concepto” y “concepción” no está sólo en el detalle de la explicación, sino que en el tipo de explicación requerida<sup>139</sup>. Según nos explica este autor, la relación entre concepto y concepción es una cuestión básicamente de niveles de abstracción. En el concepto estamos ante ideas utilizadas en todas las interpretaciones de una determinada cuestión; en el caso de la concepción, “se asume la controversia latente en esta abstracción”<sup>140</sup>. Lo relevante es encontrar una concepción que sea lo suficientemente amplia para permitir este acuerdo generalizado, pero que a la vez sea lo suficientemente concreta para que sea de utilidad<sup>141</sup>.

Siguiendo esta distinción, en el análisis que haré a continuación la concepción de derechos fundamentales corresponderá, precisamente, a la forma en que en un contexto determinado se han entendido cada uno de los elementos que configuran el concepto de derechos fundamentales, para darle así un contenido cierto en el contexto de su aplicación.

Sobre esta base, el análisis que haré consiste en estudiar casos relevantes en la justicia constitucional latinoamericana y ver cómo se han resuelto estos elementos propios del concepto de derechos fundamentales y, en consecuencia, cuál es la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional.

## **2. EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

La idea de limitar el poder –cualquiera sea la forma en la que este se constituye- es una constante en la historia de la humanidad y es el punto de partida del

---

<sup>139</sup> La distinción entre concepto y concepción podemos encontrarla en Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, 2002, p. 214 y ss.; Dworkin, 1986: 71-72, 74.

<sup>140</sup> Dworkin, 1986: 61.

<sup>141</sup> Dworkin, 1986: 63.

constitucionalismo en el siglo XVIII. En esta materia existe un amplio abanico de conceptos que se vinculan con formas de limitación, legitimación y guía del poder de las autoridades. De esta forma, para abordar el tema es necesario distinguir adecuadamente las diferencias que existen entre diversos conceptos que muchas veces son usados como sinónimos. En concreto, me refiero a la necesidad de distinguir adecuadamente conceptos como derechos morales, derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos humanos y derechos fundamentales<sup>142</sup>.

La dificultad de clarificación conceptual aumenta en la medida que la expresión misma de “derecho” se ha usado con distintos significados. Por ello, es necesario tener en consideración su exacto contenido para delimitar cuándo, efectivamente, estamos ante un derecho y no ante otro tipo de concepto<sup>143</sup>. En este trabajo distinguiré el uso de la expresión “Derecho” en cuanto categoría general que nos permite distinguir la validez de las normas, de los “derechos” como ciertas facultades. Estos últimos son una serie de posibilidades de acción o de protección que se le reconoce o concede a su titular y que suponen deberes o cargas a otras personas. Además, poseen cierta garantía jurídica, es decir, la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que éstos intervengan en defensa del interés protegido por el ordenamiento jurídico<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Ver, Pérez Luño, 1993; Peces-Barba, 1999: 21-38.

<sup>143</sup> Hohfeld, 1968: 45; Nino, 1989: 26-30.

<sup>144</sup> En este sentido, Dworkin ha distinguido tres acepciones de la expresión *Derecho*. Por una parte, Derecho como un complejo tipo de institución social; Derecho como un sistema de reglas o estándares referidos a un determinado “pedigree” y, finalmente, como una fuente de ciertos derechos (*rights*), obligaciones, poderes y otras relaciones entre individuos, ver Dworkin, 1977: 1-9.

Aquí nos encontramos con la distinción clásica formulada por Hohfeld (Hohfeld, 1968) que sostiene que podemos encontrarnos con cuatro tipos diferentes de relaciones jurídicas: derecho subjetivo / deber jurídico; libertad / no derecho; potestad / sujeción; inmunidad / incompetencia (o no potestad). Estamos ante un derecho subjetivo cuando por ejemplo podemos exigir del Estado una cierta prestación; una libertad cuando el Estado no puede impedirnos una cierta actuación; una potestad cuando el poder judicial a través de los jueces puede dictar una sentencia para resolver un conflicto de relevancia jurídica y los involucrados están sujetos a dicha decisión; y una inmunidad por ejemplo el derecho a no ser objeto de prisión por deudas, ya que este caso los jueces no tienen competencia para dictar dicha medida (ver Aienza, 1993: 46). Se podría cuestionar la aplicación de este esquema en el ámbito de los derechos fundamentales ya que es propio de estos que las obligaciones son de cargo del Estado sin que medie una contraobligación de cargo de los individuos.

En términos generales, podemos afirmar que los conceptos a que hemos hecho referencia se han utilizado en diversos contextos culturales como formas de limitación del poder, así como formas de legitimación de su ejercicio. Por ello, para determinar su especificidad, los agruparemos bajo tres categorías y, en cada una, utilizaremos dos elementos: a) contexto histórico y filosófico en que se ha utilizado y b) formas de relacionarse con el poder, en particular, su rol de limitación del mismo.

En primer lugar, podemos identificar aquellos conceptos vinculados con tesis iusnaturalistas: “derechos naturales” y “derechos morales”. Los derechos naturales se enmarcan en el iusnaturalismo del s. XVIII<sup>145</sup> y se caracterizan por ser una forma de limitación del poder soberano sobre la base de ciertos derechos universales, inalienables e imprescriptibles, vinculados a la persona y anteriores a la vida en sociedad<sup>146</sup>. Se trata de derechos con pretensiones de universalidad<sup>147</sup> e independientes de su consagración positiva<sup>148</sup>. Los derechos morales, por su parte, se han utilizado principalmente dentro de la cultura anglosajona en la segunda mitad del siglo XX. Se caracterizan por ser una forma de limitación al poder soberano de las mayorías, recurriendo a la idea de derechos anteriores fundados en principios morales válidos<sup>149</sup>. Los derechos morales se distinguen de los naturales en su reconocimiento y protección a través de estipulaciones constitucionales. Por tanto, son derechos que la constitución convierte en jurídicos<sup>150</sup>, en cambio los derechos naturales se fundan en cuestiones meta-jurídicas (fe, razón, entre otros) y no en normas jurídicas.

Vinculados con una posición positivista están los “derechos públicos subjetivos” y “libertades públicas”. La expresión derechos públicos subjetivos se enmarca en la

---

<sup>145</sup> Peces-Barba, 1999: 25.

<sup>146</sup> Peces-Barba, 1999: 25, 40; la idea de “anterioridad”, ver Locke, 1990: 55-56.

<sup>147</sup> Prieto, 1990: 35.

<sup>148</sup> Nino, 1989: 21.

<sup>149</sup> Nino, 1989: 24.

<sup>150</sup> Dworkin, 1984: 212.

Alemania del s. XIX, concretamente en el proceso de construcción de un Estado liberal<sup>151</sup>. Son concebidos como prerrogativas que conceden las leyes y tienen como objetivo limitar al poder estatal (funcionarios dependientes del Estado) estableciendo ciertos límites donde el individuo no puede ser afectado<sup>152</sup>. Las libertades públicas, por otra parte, surgen en el debate de Francia post revolucionaria con una clara dimensión positivista. Se caracterizan por limitar a las mayorías, estableciendo en la legislación ciertos “derechos de autonomía”, esto es, ámbitos exentos de la intervención estatal que permiten el libre desenvolvimiento individual<sup>153</sup>.

La utilización del concepto “derechos humanos” surge en el contexto de la post guerra (II guerra mundial). Tradicionalmente, se entiende bajo la idea de sistema de derechos humanos un catálogo de derechos y libertades, las que son establecidas internacionalmente en beneficio de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados obligados y, adicionalmente, el control de estas obligaciones a través del establecimiento de sistemas de protección internacional de dichos derechos y libertades. Cuando se habla del concepto de derechos humanos se está haciendo mención a los derechos consagrados internacionalmente. La idea tras este concepto no consiste sólo en limitar el poder del Estado, sino que también imponerle obligaciones positivas. Bajo el concepto de derechos humanos es posible reconocer ideas liberales, democráticas y socialistas vinculadas a la protección de los individuos en cuanto tales<sup>154</sup>.

Si bien el concepto de derechos fundamentales está ampliamente desarrollado, el alcance concreto de los elementos que lo constituyen da margen para distintas concepciones. El **concepto** de derechos fundamentales, a partir del cual trabajo en esta investigación, es el de estándares normativos sobre derechos subjetivos, que

---

<sup>151</sup> Peces-Barba, 1999: 27-8; Pérez Luño, 1993: 33.

<sup>152</sup> Peces-Barba, 1999: 28; Pérez Luño, 1993: 32-34.

<sup>153</sup> Peces-Barba, 1999: 29-31; Pérez Luño, 1993 : 35-36.

<sup>154</sup> Peces-Barba, 1999: 57; Pérez Luño, 1993: 49; Prieto, 1990: 61.

recogidos constitucionalmente, cumplen funciones de validación del ejercicio del poder estatal en su relación con los individuos. La **concepción** de derechos fundamentales corresponderá, por tanto, al alcance que en un contexto determinado se asigna a cada uno de estos elementos.

Para poder determinar la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional debemos centrarnos en el alcance que se asigna, en casos concretos, a cada uno de estos elementos constitutivos de un concepto compartido de derechos fundamentales. Por tanto, la concepción estará dada por la respuesta a ciertas cuestiones particulares de cada elemento constitutivo: a) estándar normativo sobre derechos subjetivos: a partir de la jurisprudencia constitucional será necesario determinar en qué tipo de normas se consagran los derechos y libertades (reglas y/o principios) y cuál es el contenido de las obligaciones que surgen para el Estado (obligaciones positivas y/o negativas); b) recepción constitucional: en este punto es central determinar cuáles son los derechos a los que se dará el carácter de fundamentales por el ordenamiento jurídico de los Estados y, en particular, qué ocurre con las normas internacionales sobre derechos humanos a las que se encuentran obligados los sistemas normativos nacionales; y c) funciones de validación del ejercicio del poder estatal: en esta materia es necesario determinar cuáles son las funciones que se asigna a estos estándares normativos sobre derechos subjetivos recepcionados constitucionalmente y cómo se garantiza el cumplimiento de estas funciones.

La respuesta a estos temas persigue un doble objetivo. Por una parte, permitirá configurar la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional y, por otra, constituirá las bases que permitirán dar respuesta a la pregunta sobre cuál es la mejor concepción de derechos fundamentales<sup>155</sup>. Para determinar cuál es la mejor concepción se atenderá a su capacidad para cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y que

---

<sup>155</sup> Según nos plantea Dworkin, hay ciertos paradigmas o ejemplos de lo que es una concepción que explica adecuadamente un concepto. Sin embargo, pese a la fuerza de estos ejemplos que en una época parecen incontrovertibles, lo esencial para una concepción no serán dichos "paradigmas", sino que la mejor interpretación que los justifique, ya que aunque estos ejemplos de lo que constituye un determinado concepto pueda estar arraigada, cederá frente a una mejor interpretación que explique mejor cada situación. Ver Dworkin, 1986: 62 y ss.

además, esta concepción permita dar eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Cumpliendo estos objetivos se estarán satisfaciendo premisas básicas de los sistemas normativos constitucionales e internacionales, como son el cumplimiento de obligaciones internacionales adoptadas por los Estados, el pleno respeto por la coherencia interna de cada sistema normativo y dar eficacia a la consagración de derechos en el ámbito nacional e internacional.

## **II. SISTEMAS NORMATIVOS Y SELECCION DE JURISPRUDENCIA**

Teniendo claro el concepto de derechos fundamentales que nos servirá de base y sus elementos configurativos, es necesario revisar algunas cuestiones relativas a los sistemas normativos de derechos fundamentales que nos servirán de base para el análisis.

En primer lugar, plantearé algunas cuestiones comunes al modelo alemán y español que, a mi juicio, justifican su análisis como un punto de partida para determinar los alcances de la concepción sobre los derechos fundamentales que ha tenido la mayor influencia en el sistema latinoamericano desde fines de los años '80. Luego, estudiaré las características principales de cada uno de estos modelos de derechos fundamentales. En segundo lugar, analizaré las características principales de los sistemas de justicia constitucional de Chile, Colombia y Costa Rica.

### **1. LOS SISTEMAS NORMATIVOS EUROPEOS A ESTUDIAR: ALEMANIA Y ESPAÑA**

#### **1.1. Contexto y objetivos**

Para abordar el estudio de una concepción sobre los derechos fundamentales en el constitucionalismo europeo me voy a centrar en las dos experiencias que han tenido mayor impacto en el sistema latinoamericano: la alemana y la española. A continuación, presentaré algunos argumentos que me permitieron tomar la decisión de usar los modelos alemán y español como punto de partida para un análisis de la concepción de derechos fundamentales en el constitucionalismo comparado.

En primer lugar, los modelos alemán y español han tenido un enorme impacto en el constitucionalismo latinoamericano. Muchas de las Constituciones latinoamericanas han seguido de cerca la experiencia española y, por esta vía, han recibido la influencia de la Constitución alemana.

Como un elemento común a ambos casos, podemos señalar que su desarrollo constitucional se origina luego de gobiernos dictatoriales que utilizaron el aparato estatal y las formalidades de legalidad para pretender una suerte de legitimidad legal para sus actuaciones. Tanto en el modelo alemán como en el español, nos encontramos con un sistema constitucional que se desarrolla a partir del paso desde un sistema autoritario a uno democrático. De esta forma, ambos modelos tienen en común una especial preocupación por la cuestión de los derechos fundamentales.

En el sistema alemán y en el español, nos encontramos no sólo con una nueva normativa constitucional, sino con una visión normativa y no meramente programática de la Constitución en una sociedad democrática. De esta forma, el texto constitucional pasa a ser un instrumento aplicable directamente por los Tribunales y sirve como fuente para resolver conflictos jurídicos.

Finalmente, se puede afirmar que en ambos modelos ha jugado un rol central la justicia Constitucional ejercida por medio de sus respectivos Tribunales Constitucionales. En ambas experiencias constitucionales la jurisprudencia de estos órganos ha sido central en la construcción de una concepción de los derechos fundamentales<sup>156</sup>.

## **1.2. Alemania**

Una mirada histórica permite concluir, según HESSE, que la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones alemanas no fue un proceso fácil, sino más bien difícil y de reciente concreción. El primer intento por incorporar normas sobre

---

<sup>156</sup> Ver en este sentido la obra de Enrique Bacigalupo que plantea que más allá de ciertas diferencias evidentes entre estos dos sistemas se caracterizan por “otorgar a los derechos fundamentales una protección extraordinaria en el marco de la jurisdicción constitucional”, Bacigalupo, 2005: 307.

derechos fundamentales se dio en el siglo XIX, con los textos de las Constituciones de Baviera y Baden (1818), Wurtemberg (1819) la Prusiana (1850). No obstante, en ninguno de estos casos estas normas jugaron un papel relevante. Un intento más serio de poner los derechos fundamentales en el centro de la constitución fue el de la Constitución del *Reich*, pero este intento fracasó. La Constitución de 1871 se refirió a los derechos de los príncipes y no contenía derechos fundamentales. Sólo en 1918 se incorporan los derechos fundamentales en el texto constitucional como “derechos de libertad”, pero no logran su consolidación sino que hasta el año 1945<sup>157</sup>.

No será sino hasta la Constitución de 1949, respuesta a los horrores vividos por el pueblo alemán durante el régimen nazi, que los derechos fundamentales serán consagrados como pilar central de la construcción constitucional.

El texto constitucional consagra en su artículo 1º, como valor básico del sistema, la “dignidad del hombre”<sup>158</sup>. A partir de esta base, el texto constitucional consagra los derechos individuales con ciertas características especiales: inviolabilidad e inalienabilidad. Además estos derechos constituyen el “fundamento” de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”<sup>159</sup>. Finalmente, consagra un catálogo de derechos y libertades en los artículos 2 al 19.

Las normas sobre derechos fundamentales son expresadas en el texto constitucional alemán como principios y también como reglas. Los principios básicos del sistema son la libertad (artículo 2.1<sup>160</sup>) y la igualdad (artículo 3<sup>161</sup>). Debe tenerse en cuenta que el

---

<sup>157</sup> Hesse, 1996: 85-86.

<sup>158</sup> Artículo 1.1: “La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”

<sup>159</sup> Artículo 1.1: “El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento (Grundlage) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

<sup>160</sup> “Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz)”.

<sup>161</sup> Artículo 3: “1. Todos los hombres son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los

catálogo de derechos remite algunos derechos a un desarrollo legal<sup>162</sup> y en otros casos remite a la ley determinar ciertas restricciones de estos derechos<sup>163</sup>.

La Constitución prescribe, expresamente, que todos los órganos del Estado están vinculados por los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, los que son de aplicación directa por los tribunales de justicia<sup>164</sup>.

En el sistema alemán se han establecido diversos mecanismos para la garantía de los derechos fundamentales, como es el caso de garantías normativas y mecanismos jurisdiccionales. Entre las garantías normativas podemos encontrar la prohibición que establece la Constitución de abolir los derechos por vía de reforma a la Constitución. En efecto, de conformidad con lo preceptuado en el art. 79.3 de la Ley fundamental, no procederán reformas que afecten los principios formulados en los artículos 1 (dignidad) y 20 (principios democráticos y Estado de Derecho) de la Constitución. Siguiendo nuevamente a HESSE podemos señalar que el razonamiento ha sido que los derechos fundamentales son parte esencial de dichos principios y, por tanto, la eliminación de estos derechos implicaría una afectación del principio que no es permitida en la Constitución<sup>165</sup>. En la misma línea de garantía normativa se encuentra también la idea de que los derechos fundamentales no pueden ser afectados en su “contenido esencial”, según lo dispone el art. 19.2 de la Constitución. Esta norma ha sido interpretada como la positivización del mandato de proporcionalidad<sup>166</sup>.

---

hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. (Modificado 27/10/1994). 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico. (Modificado 27/10/1994)”.

<sup>162</sup> A modo de ejemplo ver, arts. 4.3, 6.5, 12.1.

<sup>163</sup> A modo de ejemplo, ver, arts. 5, 8, 9, 10, 11, 16.

<sup>164</sup> Artículo 1.3: “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

<sup>165</sup> Hesse, 1996: 111.

<sup>166</sup> Hesse, 1996: 112.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales a través de mecanismos jurisdiccionales, la Constitución alemana garantiza la protección judicial de los derechos a través del art. 19.4. Esta norma consagra el derecho de los ciudadanos a recurrir ante los tribunales en caso de ver violados sus derechos por parte del Estado<sup>167</sup>. En todo caso, la protección por vía judicial de los derechos fundamentales recae, en última instancia, en el Tribunal Constitucional y dentro de los procedimientos ante este tribunal el más importante es el de amparo. De conformidad con lo preceptuado en el art. 93.1.4.a de la Constitución, cualquier persona lesionada por una autoridad pública en sus derechos fundamentales o en los derechos contemplados en los arts. 20.4, 33, 38, 101, y 103 de la Constitución, podrá recurrir ante el Tribunal Constitucional<sup>168</sup>. Por otro lado, la normativa constitucional también contempla la posibilidad de dirigirse contra actos del poder ejecutivo o judicial<sup>169</sup>. Sin embargo, para que proceda esta vía jurisdiccional es necesario que se haya agotado la vía judicial, sin que la instancia constitucional sea concebida como una nueva instancia, sino que sólo está acotada a la violación de algún derecho constitucional.

### 1.3. España

La Constitución española de 1978 es parte del proceso de transición a la democracia que se produce en dicho país con la muerte de Franco. El proceso constitucional español destaca como una puesta al día en materia de derechos fundamentales. De ahí que la consagración de estos derechos en el orden constitucional sea uno de los objetivos centrales del nuevo modelo constitucional. Este renovado rol de los derechos fundamentales se refleja no sólo en la consagración de las normas, sino que

---

<sup>167</sup> Art. 19.4. "Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (der ordentliche Rechtsweg), sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso".

<sup>168</sup> Art. 93.1.4.a) "sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104".

<sup>169</sup> Ver en este sentido, Hesse, 1996: 113.

también en el desarrollo de ciertos órganos de control de estos derechos, como en procedimientos que buscan una efectiva garantía de los mismos.

Tal como ocurre en el caso de la constitución alemana, en el texto constitucional español se consagra la vinculación de todos los poderes del Estado con los derechos y libertades reconocidos en la constitución (específicamente en el Capítulo 2º del Título primero).

El texto constitucional español, en consonancia con el alemán, consagra derechos fundamentales en distintos niveles. El punto de partida para los derechos fundamentales está en los principios constitucionales que iluminan el texto. Luego, la Constitución de 1978 consagra un catálogo de derechos, en la sección 1ª del Capítulo segundo (arts. 15 – 29).

En efecto, el punto de partida para la consagración de los derechos en la Constitución española de 1978 está en el sistema de valores que recoge el texto constitucional<sup>170</sup>. En particular, el artículo 1.1 de la Constitución consagra un “Estado social y democrático de derechos”, lo que ha dado origen a un desarrollo dogmático sobre el alcance de esta noción. En cuanto al término “Estado constitucional de derecho”, este es concebido como aquel ligado a la ley y a la Constitución; Estado “democrático”, se entiende en un sentido político, en cuanto sistema de gobierno<sup>171</sup>; y, finalmente, lo “social” es entendido como la instauración “de un orden económico y social justo, a través de la promoción de un progreso cultural y económico que asegure a todos una digna calidad de vida”<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> En la doctrina española se distingue entre valores y principios consagrados constitucionalmente. Si bien es factible pensar en diferencias entre ambas expresiones, a efectos de este estudio las agruparemos en un solo nivel, ya que en términos de aplicación práctica, no hay diferencias en su tratamiento, aunque en términos precisos no sean expresiones sinónimas. Una interesante perspectiva para la distinción entre ambos, ver Alexy, 2002: 138-147.

<sup>171</sup> “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>172</sup> Pérez Luño, 1984: 189.

Según expone TOMAS Y VALIENTE, el nexo para vincular el sistema de principios constitucionales con el catálogo de derechos está en el art. 10.1 de la Constitución política. Este artículo constituye para la doctrina un verdadero “puente” entre los principios del sistema y el catálogo constitucional de derechos, cuyo nexo central está establecido en la idea de “dignidad de la persona” y “libre desarrollo de la personalidad”<sup>173</sup>. Por su parte, el numeral 2 del artículo 10 constituye la norma hermenéutica básica del sistema de derechos fundamentales, en tanto establece que los derechos fundamentales y las libertades consagradas constitucionalmente deben ser interpretadas a la luz de los preceptuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia que hayan sido ratificados por España<sup>174</sup>.

Finalmente, el sistema normativo español se completa con el catálogo de derechos fundamentales. El texto constitucional consagra ciertos derechos en forma directa<sup>175</sup> y en otros remite su desarrollo al legislador (1.4, 18.4, 20.3, 24.2, 28.2, 29, entre otros).

Uno de los aspectos destacados en el constitucionalismo español es el carácter normativo y no meramente programático de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, en sus diversas expresiones. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que estas normas constituyen un “sistema de valores y principios” que “deben uniformar todo [nuestro] ordenamiento jurídico”<sup>176</sup> y, por tanto, vinculan a todas las autoridades del Estado.

---

<sup>173</sup> Tomas y Valiente, 1993: 150-152. Dispone el numeral 1 del artículo 10: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>174</sup> Artículo 10 N°2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>175</sup> Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; artículo 26: “Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales”.

<sup>176</sup> STC 21/1981, sentencia 15 de junio de 1981.

En la Constitución de 1978 se establece que cualquier reforma que haya de afectar a alguno de los derechos establecidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I tendrá que someterse al procedimiento especial regulado en el art. 168 de la Constitución<sup>177</sup>. Asimismo, como garantía normativa, se establece que cualquier regulación de los derechos mediante una ley estará limitada por el respeto del “contenido esencial” de los derechos y libertades consagrados constitucionalmente (art. 53.1<sup>178</sup>).

La protección de los derechos fundamentales a través de mecanismos jurisdiccionales, se realiza a través de los tribunales de justicia y del Tribunal Constitucional. El principal procedimiento que contempla la Constitución es la acción de tutela de los derechos fundamentales para su efectiva garantía. El art. 53.2<sup>179</sup> establece el derecho de cualquier ciudadano para interponer la acción de tutela a objeto de lograr el amparo de las libertades y derechos que son consagrados en el art. 14, así como de los derechos consagrados en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución. Dicha acción debe ser interpuesta ante los tribunales ordinarios y su procedimiento será regido por los principios de preferencia y sumariedad. En la misma norma constitucional se establece el derecho a interponer, por cualquier ciudadano, la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, a fin de resguardar los mismos derechos que en la acción de tutela. Además, en este caso –acción de amparo- también podrá ampararse el derecho de objeción de conciencia consagrado en el art. 30 de la Constitución. También se han establecido como procedimientos que buscan la

---

<sup>177</sup> Artículo 168: “1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al TÍTULO preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

<sup>178</sup> Artículo 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

<sup>179</sup> Art. 53.2 “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

garantía de los derechos fundamentales, la acción de inconstitucionalidad (53.1 en concordancia con el 161.1.a.)<sup>180</sup> y el hábeas corpus (17.4)<sup>181</sup>.

## **2. LOS SISTEMAS NORMATIVOS LATINOAMERICANOS A ESTUDIAR: CHILE, COLOMBIA Y COSTA RICA**

### **2.1. Contexto y objetivos**

Como hemos visto en el capítulo I de este estudio, una consecuencia del término de la guerra fría en el ámbito de los derechos humanos fue el surgimiento de una conciencia generalizada sobre la relevancia de contar con ciertos derechos mínimos en el diseño institucional tanto nacional como internacional. En este sentido, surge en diversos Estados latinoamericanos la voluntad de tomar medidas institucionales que permitan una mejor garantía de los derechos<sup>182</sup>. Con ese fin, se acude a las herramientas del constitucionalismo y del derecho internacional.

Este proceso se desarrolló desde la segunda mitad del siglo XX por lo que debió convivir con la Guerra Fría, contando con poco espacio para un efectivo cumplimiento de los objetivos planteados a nivel interamericano. Por ello, un momento especialmente relevante para su desarrollo lo marca el término del mundo bipolar, manifestado en la caída del muro de Berlín a fines de la década de los '80. Entonces se pensó que sería posible imponer la idea del respeto de los derechos humanos. Un ejemplo de esta visión optimista en el ámbito internacional es la Conferencia de Viena

---

<sup>180</sup> Art. 53.1, ver nota 32. Artículo 161.1.a): “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

<sup>181</sup> “La ley regulará un procedimiento de «*habeas corpus*» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

<sup>182</sup> Sobre el desarrollo del proceso desde un punto de vista normativo ver, Rolla, [s/f].

sobre Derechos Humanos del año 1993<sup>183</sup>, en cuya declaración final se trasunta una visión alentadora sobre el desarrollo futuro de los derechos humanos.

Una consecuencia del proceso post guerra fría es el surgimiento de un deseo explícito por poner el tema de los derechos humanos en el centro de las preocupaciones de los Estados. En los ámbitos nacionales este objetivo se traduce en una serie de modificaciones institucionales en las cuales la consagración y garantía de los derechos humanos pasa a ser un elemento central a tener en consideración.

América Latina es parte de esta tendencia.

Las reformas constitucionales implementadas en este período no son neutras, sino que tienen objetivos claros y precisos. Los objetivos eran desarrollar un sistema nacional que permitiera la real vigencia de los derechos fundamentales y dar pasos para la aplicación interna de las normas sobre derechos humanos consagradas internacionalmente.

A continuación, revisaré los aspectos más destacados de los sistemas normativos de derechos fundamentales con los cuales voy a trabajar en este estudio.

## **2.2. Chile y Colombia: reformas normativas**

**El caso de Chile y la reforma constitucional de 1989.** En el marco del proceso de transición desde un gobierno dictatorial -que había regido el país por más de 17 años- a uno de elección democrática, en 1989 se llegó a un consenso entre los partidarios del saliente gobierno militar y los que sustentaban políticamente la alternativa democrática, acerca de la necesidad de una reforma constitucional que permitiera dar pasos en la democratización del sistema constitucional chileno. Una de estas reformas

---

<sup>183</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14-25 de junio 1993, Viena, Austria. Para una visión completa de la Conferencia y la posición optimista de los Estados, ver el Informe final A/CONF.157/24 (Part I) de 13 de octubre de 1993.

tenía que ver, precisamente, con la vigencia en Chile de los derechos humanos consagrados internacionalmente.

La Constitución chilena de 1980 establecía, dentro de las bases de la institucionalidad, que los “derechos que emanan de la persona humana” eran un límite para la soberanía. A través de la reforma constitucional aprobada mediante plebiscito se agrega un párrafo que incorpora como deber del Estado “respetar y promover [los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana]... garantizados... [por la Constitución] así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De esta forma, el constituyente 1989 pretendía mejorar la garantía de los derechos humanos, estableciendo con claridad que los derechos fundamentales -que ya constituían un límite a la soberanía- estaban integrados no sólo por el catálogo constitucional, sino que también por los derechos consagrados en los instrumentos internacionales vigentes en Chile<sup>184</sup>.

En cuanto a su estructura<sup>185</sup>, se puede afirmar que en el texto constitucional de 1980 -reformado- sigue primando una fundamentación *iusnaturalista*<sup>186</sup> (artículos 1 inciso 1°, 5 inciso 2° y 19 de la Constitución<sup>187</sup>) y una consagración de los derechos fundamentales como límites al Estado antes que obligaciones de actuación. Esta conclusión se desprende de la sola lectura 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. SCHMITT<sup>188</sup> y, por tanto, sólo se

---

<sup>184</sup> Ver Medina, 1996: 27-84; Nogueira, 1993: 55ss.. Una versión actualizada del debate en Medina y Nash, 2003: 17-102.

<sup>185</sup> Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena en Ruiz-Tagle, 2006: 79-143. Para un análisis detallado en materia de derechos fundamentales, ver Ruiz-Tagle, 2001: 179-199.

<sup>186</sup> Quien mejor representa y explica esta visión es el profesor Alejandro Silva Bascañán, ver Silva, 1997: 139-140. En el mismo sentido, J.L. CEA nos señala que “el Poder Constituyente asume una concepción afín con el **Derecho Natural**, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona”, (Cea, 2004: 56).

<sup>187</sup> 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”.

establecen como derechos fundamentales aquellos vinculados a la protección negativa de los sujetos, esto es, aquellos derechos que permiten limitar la actuación del Estado respecto del ámbito íntimo de la persona. De allí que los derechos consagrados en la Constitución de 1980 tengan un énfasis en las libertades (entendidas como protección frente al Estado y suponiendo una omisión de su parte), sin que expresen un adecuado desarrollo en materia de derechos de participación y derechos sociales, como es característico en el constitucionalismo actual<sup>189</sup>. Los derechos consagrados no recogen plenamente los derechos de participación (por ejemplo, hay una consagración formal del derecho a sufragio, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima<sup>190</sup>). En cuanto a los derechos sociales, en materias de salud, educación y trabajo, los derechos son tratados principalmente como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por parte del Estado<sup>191</sup>.

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, encontramos manifestaciones de la libertad negativa o protección de libertad, en el artículo 19 numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24. En ellos el Estado debe preocuparse de no intervenir en la actividad de los privados y debe proteger ese ámbito de libertad personal en las esferas íntima, personal y

---

<sup>188</sup> Schmitt, 1992. Sobre los efectos del pensamiento de Schmitt en el constitucionalismo chileno, ver Ruiz-Tagle, 2006b: 145-160; Cristi, 2006: 161-176.

<sup>189</sup> Sobre los distintos componentes que confluyen en los sistemas de derechos fundamentales, ver Peces-Barba, 1999. 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, Maurino, 2005. Estoy en deuda con Mariano Fernández por este alcance.

<sup>190</sup> Entendemos por igualdad de impacto, siguiendo a DWORKIN, como la “diferencia que puede establecer por sí solo votando o eligiendo a favor de una decisión en vez de a favor de otra”, Dworkin, 2003: 210. Sobre la visión democrática de Dworkin ver *infra*, capítulo VII sección III.2.1

<sup>191</sup> Una visión especialmente aguda y crítica sobre las deficiencias del catálogo de derecho, en Ruiz-Tagle, 2006c: 104-126.

social<sup>192</sup>. También se desarrollan los derechos de libertad en sentido de libertad para la participación<sup>193</sup> en el art. 19 numeral 14.

Los derechos de igualdad los encontramos consagrados en el derecho de igualdad ante la ley, en el artículo 19 numerales 2 y 3; en la igualdad de formulación del derecho y trato en los numerales 17, 20 y 22; y en manifestaciones de una cierta igualdad de hecho, en el numeral 18 en materia de prestaciones de seguridad social. Manifestaciones de derechos de igualdad, ahora mandatos de organización del aparato del Estado, pueden ser encontradas en los numerales 9,<sup>194</sup> 10<sup>195</sup> y 11<sup>196</sup>, relativos a la protección de la salud y el derecho a la educación. Estos numerales permiten ejemplificar la tesis que los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional a través de su artículo 19 son básicamente derechos de libertad. En

---

<sup>192</sup> En esto seguimos la terminología de Alexy, ver Alexy, 2002: 353-354.

<sup>193</sup> En esto seguimos a Peces-Barba, ver Peces-Barba, 1999: 225.

<sup>194</sup> Artículo 19 N° 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 presten 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”.

<sup>195</sup> Artículo 19 N° 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”.

<sup>196</sup> Artículo 19 N° 11: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”.

efecto, dos de los derechos que son clásicamente derechos de igualdad de facto, como la salud y la educación, se establecen en nuestro texto constitucional como mandatos de organización y actuación del Estado, y no como derechos exigibles directamente, como sí ocurre con las normas vinculadas con libertades negativas. La excepción la encontramos en el 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 de este numeral, 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 Constitución<sup>197</sup>.

En cuanto a la garantía jurisdiccional, la Constitución establece la protección de los derechos a través de un mecanismo procesal (recurso de protección, art. 20<sup>198</sup>) que si bien es una innovación para Chile en materia de garantías, tiene limitaciones a las cuales me referiré más adelante en este estudio<sup>199</sup>.

**El caso de Colombia y la Constitución de 1991.** En el año 1991 se dictó una nueva Constitución Política en Colombia que reemplazó al texto constitucional de 1886 (que a su vez había sido reformado en varias oportunidades). Este nuevo texto constituyó un cambio radical en la cultura constitucional colombiana. Se dio paso a un Estado social y democrático de derecho, organizado bajo la forma de una república unitaria-

---

<sup>197</sup> El proyecto de reforma incorpora el siguiente inciso 4º al Art. 19 N°10: “Corresponderá 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”.

<sup>198</sup> 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 cuarto, 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 cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera 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).

<sup>199</sup> *Infra*, cap. VI.

descentralizada<sup>200</sup>. Uno de los aspectos fundamentales en este nuevo texto constitucional es la regulación en materia de derechos fundamentales y, principalmente, la creación de una Corte Constitucional con competencia en materia de protección de derechos fundamentales. No puede dejar de mencionarse que esta nueva Constitución surge en medio de un profundo conflicto social en Colombia, marcado por la violencia<sup>201</sup>.

Cabe destacar que el sistema de justicia constitucional no es privativo de la Corte Constitucional, ya que también ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente y para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales, todo ello en virtud de la legislación especial dictada para el funcionamiento de la justicia constitucional (art. 43 inc. 2° de la Ley 270/1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia).

Otro aspecto digno de ser destacado es que la legislación ha dispuesto que, en desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, lo que permite a esta Corte una interpretación integral de la Constitución al momento de resolver una cuestión sometida a su conocimiento (art. 46 Ley 270/1996).

Finalmente, la legislación ha dispuesto que las sentencias dictadas por la Corte Constitucional como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo sean de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive. La parte motivada (considerandos) constituirá un criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general (art.

---

<sup>200</sup> Osuna, 2002: 317.

<sup>201</sup> Sobre el contexto y los alcances del nuevo texto constitucional, ver Uprimny, 2006; Osuna, 2002; Osuna, 2006.

48 Ley 270/1996). La interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional tiene carácter obligatorio general. En particular, en relación con la actividad judicial de tutela, la ley dispone que estas decisiones adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes.

### **2.3. Costa Rica: reformas orgánicas e institucionales**

En el año 1989, mediante la ley N° 7.128, se reformó la Constitución Política costarricense. Esta reforma creó un sistema de garantías y control constitucional a través de la Corte Suprema, concretamente mediante una Sala Constitucional (la creación de la Sala se realizó mediante un artículo transitorio en la referida ley). En este sentido, por las características de la reforma y las prerrogativas entregadas a esta Sala Constitucional se creó, en la práctica, un Tribunal Constitucional independiente<sup>202</sup>. Esta Sala tiene por mandato constitucional principal la declaración de “inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público” (art. 10). Además, mediante el artículo 48 se radicó en la Sala Constitucional el conocimiento del recurso de *habeas corpus* para garantizar la libertad e integridad de las personas y del recurso de amparo para “mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en la República”. Además, en esta reforma, se estableció como un límite a la potestad de la Asamblea Legislativa los tratados internacionales, en atención a los principios del Derecho Internacional (art.105). Este proceso y su subsecuente desarrollo han sido calificados como uno de los avances más relevantes en el ámbito judicial de Costa Rica<sup>203</sup>.

Un aspecto que ha sido destacado por la doctrina es el carácter “concentradísimo” de la Jurisdicción Constitucional, en la medida que el total de “cuestiones constitucionales” (acciones de inconstitucionalidad, consultas judiciales y legislativas, conflictos

---

<sup>202</sup> Piza, 2004: 82.

<sup>203</sup> Piza, 2004: 91.

constitucionales) y los recursos de hábeas corpus y amparo se concentran en la Sala Constitucional “sin compartirlos con ninguna otra autoridad administrativa y judicial”<sup>204</sup>.

Un segundo aspecto que debe ser destacado es la independencia con la que cuenta la Sala Constitucional (no existe recurso respecto de sus sentencias) y el efecto *erga omnes* de sus sentencias. Esta “concentración” se ve atenuada con un cierto control “semidifuso” a través de los tribunales de justicia, que pueden abstenerse de aplicar una norma cuando la incompatibilidad de la norma provenga de una jurisprudencia de la Sala Constitucional.

---

<sup>204</sup> Piza, 2004: 92-3.



---

## **CAPITULO III. ESTANDAR NORMATIVO: ESTRUCTURA**

---



Comenzaré este capítulo describiendo los hechos centrales de un caso resuelto en Chile, en que se plantea un conflicto entre dos derechos fundamentales: libertad de expresión y honra. La resolución adoptada por la Corte Suprema de Chile entró en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y acarreó responsabilidad internacional para el Estado chileno. De la resolución de este caso se desprenden distintas formas de entender la estructura de los estándares normativos de derechos fundamentales, ya sea como sistema de reglas o como un sistema complejo que integra en su estructura tanto principios como reglas. A su vez, esta diferente forma de interpretar la estructura del estándar normativo determina visiones contrapuestas acerca de la forma en que debe resolverse un conflicto entre derechos fundamentales. Esta discusión nos permitirá abordar el tema del alcance que se ha dado en la justicia constitucional comparada a la relación entre derechos humanos y principios constitucionales.

El objetivo de este capítulo es probar que la tendencia de la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha sido entender la estructura de los estándares normativos sobre derechos fundamentales como un sistema complejo (compuesto por reglas y principios) y que en caso de producirse un conflicto entre principios este debe resolverse a través del juicio de ponderación. Además se explicará que cierta jurisprudencia latinoamericana ha establecido la posibilidad de que principios (constitucionales o internacionales) operen como fuentes de derechos fundamentales. Además, probaré que dicha concepción es una interpretación de la estructura de los derechos fundamentales compatible con las obligaciones internacionales del Estado y permite darle eficacia a dichos derechos en el ámbito nacional. Finalmente, demostraré que esta concepción de los estándares normativos sobre derechos subjetivos es aplicable en Chile.

Para lograr los objetivos planteados analizaré los criterios que ha desarrollado la jurisprudencia internacional para resolver casos de conflictos entre derechos humanos. Enseguida, desarrollaré los criterios elaborados por la jurisprudencia constitucional europea y el constitucionalismo latinoamericano sobre la estructura de los sistemas

normativos de derechos fundamentales. Este análisis me permitirá demostrar que la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha adoptado una visión compleja de la estructura de los estándares normativos sobre derechos fundamentales y ha desarrollado una visión unitaria de las instancias nacionales e internacionales, dando con ello un contenido normativo concreto a principios constitucionales e internacionales en materia de derechos fundamentales. A continuación, desarrollaré los argumentos para sostener que esta visión compleja de la estructura de los estándares sobre derechos fundamentales resuelve los casos en el ámbito interno, cumpliendo los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y dando efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Finalmente, entregaré los argumentos para probar que esta concepción es aplicable en Chile sobre la base del actual texto constitucional y entregaré los lineamientos generales del razonamiento correcto para resolver el caso planteado.

## **I. CASO MARTORELL**

Los hechos del caso. El 21 de abril de 1993, el señor Francisco Martorell y la imprenta Editorial Planeta publicaron un libro en la Argentina titulado "Impunidad diplomática". Este libro trataba sobre los pormenores y escándalos que condujeron a la partida del ex Embajador argentino en Chile don O.S.M. Según los planes editoriales, esta publicación debía estar disponible para su comercialización en Chile al día siguiente.

Sin embargo, el mismo día 21 de abril de 1993, el señor A.L.C., empresario chileno y una de las personas supuestamente aludidas por la publicación, presentó un "recurso de protección" ante la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. El señor A.L.C. fundamentó su presentación en una supuesta violación a su derecho a la privacidad y solicitó que se prohibiese su circulación. La Corte de Apelaciones de Santiago dictó una "orden de no innovar", esto es, una medida especial que permitió suspender la comercialización del libro intertanto se decidía sobre el fondo del asunto.

Posteriormente, diversas personas entablaron ante los tribunales chilenos acciones penales contra el señor Martorell por el delito de injurias y calumnias, alegando que el contenido del libro "Impunidad diplomática" afectaba su honor y dignidad.

El 31 de mayo de 1993, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo de dos votos contra uno, acogió el recurso de protección interpuesto por el señor A.L.C. y emitió una orden que prohibía la "internación y comercialización" del libro en Chile. En esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago hizo prevalecer el derecho a la honra por sobre el derecho a la libre expresión, basándose para ello en el orden numérico de los derechos enumerados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>205</sup>. Por tanto, en atención al hecho que el numeral relativo al derecho a la honra estaba establecido con anterioridad al derecho a la libertad de expresión, debía prevalecer el primero sobre el segundo.

Se presentó una apelación a través de un "recurso extraordinario" ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, invocando las garantías constitucionales relativas a la libertad de expresión. El 15 de junio de 1993, en una decisión unánime, la Corte Suprema rechazó el recurso de apelación, y la circulación del libro fue prohibida. La Corte Suprema fundó su fallo en el hecho que "el respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organiza precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita el sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional" (considerando 3). Adopta la Corte, en consecuencia, una visión jerarquizada de los derechos. Además, la Corte Suprema confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones que adoptó la tesis numerológica de los derechos: "[N]adie discute que el constituyente, aunque no lo diga expresamente, siguió un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria,

---

<sup>205</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, rol No. 983-93.

como lo prueba la sucesión descendiente de su importancia” (considerando 8 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago).

A efectos de cumplir con lo dispuesto por la Corte Suprema la causa regresó a la Corte de Apelaciones y, el 28 de junio de 1993, este Tribunal notificó oficialmente al señor Martorell de su decisión final acerca del recurso de protección.

El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien en resolución de 03 de mayo de 1996, resolvió que Chile había violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (libertad de expresión).

Este caso es interesante porque nos permite entrar al tema de los estándares normativos como elemento configurante de una concepción de derechos fundamentales. En efecto, en este caso es evidente que existe un conflicto entre derechos: la honra y la libertad de expresión. Por tanto, lo que se debe hacer es resolver dicho conflicto en el caso concreto. Lo interesante es que la resolución de este conflicto de derechos depende del tipo de norma que entran en tensión. A efectos de este estudio, lo relevante es que esta diferencia en la forma de resolver el conflicto supone dos concepciones distintas acerca de la estructura en que se expresan los derechos fundamentales. La forma en que se resuelva el conflicto dará elementos para determinar cuál es la mejor concepción de derechos fundamentales.

A continuación, reseñaré cuál ha sido el razonamiento en el ámbito internacional sobre esta materia, a fin de verificar si la interpretación de la estructura del sistema normativo de derechos fundamentales que emana de la justicia constitucional latinoamericana es compatible con las obligaciones internacionales de los Estados.

## **II. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS Y LA RESOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS EN LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES**

Un tema que debemos tener claro al momento de analizar el sistema normativa internacional de derechos humanos es que en los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH los derechos se expresan como principios y como reglas. Claro ejemplo de principios son los derechos de libertad “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, (art. 9.1 del PIDCP) y derechos de igualdad (“Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho sin discriminación a igual protección de la ley”, art. 26 del PIDCP). Ejemplos de derechos expresados como regla son “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad...” (art. 6.5 del PIDCP) o “todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre” (art. 24.2 del PIDCP).

Por tanto, el sistema internacional de derechos humanos es un sistema de estructura compleja. En un sistema donde los derechos se expresan como principios es posible pensar en que exista un conflicto entre ellos. En estos casos el sistema internacional ha resuelto que es posible la restricción de derechos. Así, es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada por el derecho internacional de los derechos humanos. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente.

En el sistema internacional nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos: aquellos derechos que no admiten restricción (tortura, esclavitud, libertad de conciencia); aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas); y otros, que admitan restricciones generales. Me centraré en estos últimos ya que aquí se establecen reglas generales aplicables al segundo grupo, sin perjuicio de las particularidades propias que puedan presentarse en estos casos especiales.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Los requisitos de una restricción legítima son: **(a)** respeto del principio de legalidad; **(b)** objetivo legítimo; **(c)** las medidas sean necesarias en una sociedad democrática.

**(a)** El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida restricción del ejercicio de un derecho humano, deben estar **establecidas por ley**<sup>206</sup>. Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión “ley” implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas "por razones de interés general", lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.

**(b)** El segundo límite es que la **causa** que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros<sup>207</sup>.

En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de restricción particular. Por ejemplo la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su “función social”.

---

<sup>206</sup> A modo de ejemplo, ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

<sup>207</sup> CADH, arts. 15 y 16.

(c) El tercer requisito es que las medidas de restricción sean **necesarias en una sociedad democrática**<sup>208</sup>. Sobre la “necesidad”, la Corte ha establecido que esta “dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”.<sup>209</sup> En el caso concreto de la libertad de expresión “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”<sup>210</sup>.

En aspectos específicos sobre las restricciones, me interesa analizar la forma en que la Corte Interamericana ha resuelto los conflictos entre el derecho a la honra y el derecho a la libertad de expresión. La Corte ha dicho que de conformidad con el artículo 11 de la CADH toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, de forma tal que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado. De ahí que sea perfectamente legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección<sup>211</sup>.

Con base en estas consideraciones, a juicio de la Corte, en este tipo de casos debe determinarse si la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto de un supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática<sup>212</sup>. A su juicio, en estos casos es necesario “ponderar el respeto a los derechos o a la

---

<sup>208</sup> Medina y Nash, 2003: 29-31.

<sup>209</sup> *Caso Ricardo Canese*, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, párr. 121 y 123; *La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 46.

<sup>210</sup> *La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 46, citado en *Caso Herrera Ulloa*, párr. 121.

<sup>211</sup> *Caso Ricardo Canese*, párr. 101.

<sup>212</sup> *Caso Ricardo Canese*, párr. 104.

reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”<sup>213</sup>.

Es interesante tener en consideración que en el *Caso Canese* (caso en el que se planteó la cuestión de las responsabilidades ulteriores), la Corte resolvió por la vía de considerar que la sanción impuesta como “medida ulterior de responsabilidad” había sido excesiva y por tanto, ella se constituía en una violación al art. 13 de la CADH al no corresponder a una sanción proporcional<sup>214</sup>.

En el *Caso Herrera Ulloa*, habiendo hecho un razonamiento similar en términos de reconocer la necesidad de proteger el honor de los funcionarios, consideró violado el art. 13 de la Convención toda vez que la restricción impuesta, al establecer requisitos muy rígidos para hacer operativa la *exceptio veritatis*,<sup>215</sup> implicaban un tipo de restricción que excede aquellas compatibles con El Pacto de San José. En este caso no se pronunció sobre las responsabilidades penales ulteriores.

En el *Caso Rimel* la corte también tuvo que resolver un conflicto entre libertad de expresión y honra. En este caso la corte realiza explícitamente un juicio de ponderación y señala los elementos que deben concurrir para realizar dicho proceso. Respecto de la necesidad de ponderar los derechos en conflicto señaló:

51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de

---

<sup>213</sup> *Caso Ricardo Canese*, párr. 105.

<sup>214</sup> *Ibidem*, párrs. 107 y 108. El sr. Canese fue condenado civil y penalmente y se le impusieron restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses.

<sup>215</sup> *Caso Herrera Ulloa*, párrs. 132-135.

ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

Aplicando concretamente el principio de proporcionalidad, la Corte señala:

83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (*La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 44, párr. 46; *Caso Herrera Ulloa*, párrs. 121 y 123; *Caso Palamara Iribarne*, párr. 85, y *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 91.).

Como puede verse, para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales expresados como principios, los elementos utilizados por la Corte son: adecuación, necesidad y proporcionalidad.

### **III. ESTANDAR NORMATIVO DE ESTRUCTURA COMPLEJA: JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA**

A continuación analizaré los estándares normativos sobre derechos fundamentales en tanto estructura compleja y la principal consecuencia que tiene una estructura de este tipo, cual es, la necesidad de resolver los conflictos entre principios a través del mecanismo de la ponderación o “juicio de ponderación”. Comenzaré con algunas consideraciones doctrinales sobre los sistemas de estructura compleja y la resolución de conflictos entre principios, para luego dar paso al análisis jurisprudencial sobre estos temas. Este análisis me permitirá acreditar que la jurisprudencia constitucional latinoamericana, al igual que la europea, califica los sistemas de derechos fundamentales como sistemas complejos de normas y que para la resolución de conflictos entre principios utiliza la técnica de la ponderación.

## **1. ESTRUCTURA COMPLEJA: PRINCIPIOS Y REGLAS**

En primer lugar, debe quedar claramente establecido que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitorios y, por tanto, siempre estarán cumplidos o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras)<sup>216</sup>.

En segundo lugar, los sistemas relativos a normas *iusfundamentales* pueden expresarse de distintas formas. Pueden expresarse como un sistema puro de principios, como un sistema puro de reglas, o bien como un sistema que contenga tanto reglas como principios<sup>217</sup>. Estos últimos son los sistemas complejos, ya que están constituidos por normas expresadas como principios y otras como reglas dentro de un mismo sistema normativo.

---

<sup>216</sup> Alexy, 2002: 81-115.

<sup>217</sup> Alexy, 2002: 115-138.

Los sistemas normativos constitucionales, así como los sistemas normativos internacionales vinculados con derechos humanos, se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas. Estos sistemas complejos tienen ventajas sobre modelos de reglas o principios puros; no afectan la seguridad jurídica, como ocurre en un sistema de principios puro y tampoco se presentan problemas de lagunas, como un modelo de reglas puro<sup>218</sup>.

En un sistema normativo complejo -como el que he descrito- es posible pensar en que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente<sup>219</sup>.

Dado que las contradicciones entre las reglas tienen un sistema claro de resolución sobre la base de preeminencia (ley que anula, ley rango superior, entre otros), me centraré en el análisis de los conflictos entre principios. Lo relevante en el caso de los conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser jerarquizados -como ocurre con las reglas- por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implique la anulación o invalidez práctica de estas normas<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Alexy, 2002: 167-172.

<sup>219</sup> Prieto, 2003: 175.

<sup>220</sup> Según Prieto "los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario", Prieto, 2003: 187.

## 2. LA RESOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN SISTEMA COMPLEJO DE NORMAS

El principal efecto de la consagración de un sistema en base a principios está en el ámbito de la resolución de conflictos. Aquí nos encontramos con el hecho que la resolución de conflictos entre principios constitucionales se realiza a través de un procedimiento especial: la **ponderación**<sup>221</sup>.

¿Qué se entiende por ponderación? La ponderación, según BERNAL, consiste “en la actividad de sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas”<sup>222</sup>. Según ALEXY la ponderación deriva del principio de proporcionalidad que, a su vez, se compone de tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente tal. La idoneidad y la necesidad se refieren a la optimización de lo que es fácticamente posible; la proporcionalidad, a las posibilidades normativas. La idoneidad cumple un rol como criterio negativo, esto es, nos permite excluir los medio no idóneos<sup>223</sup>. El subprincipio de necesidad, a juicio de ALEXY, “exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado”<sup>224</sup>, por tanto, su rol ya no es de exclusión, sino que nos entrega un criterio de

---

<sup>221</sup> Sobre el juicio de ponderación se ha escrito mucho, los textos más relevantes que he tenido en consideración y que son necesarios que para tener una visión general del tema en los sistemas normativos estudiados, son: Alexy, 2002: 90-98 / 160-172; 2002b: 13-64 y 2004: 47-103; Bernal, 2005: 93-111; Borowski, 2000: 29-56; Moreso, 2003: 99-121; Prieto, 2003: 175-216.

<sup>222</sup> Bernal, 2005: 97.

<sup>223</sup> Señala Alexy “El subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos. Por esta razón es compatible con la idea de un orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo”, (Alexy, 2002b: 28).

<sup>224</sup> Alexy, 2002b: 28. El alcance de este principio es aclarado por el propio Alexy quien señala que la aplicación de este principio es expresión del óptimo de Pareto. Por tanto “[a]l legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o u medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino

selección. En cuanto a la proporcionalidad, en sentido estricto esta “expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario” y, por tanto, coincide con la ley de ponderación “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>225</sup>.

La ponderación distingue tres elementos: fórmula del peso, ley de ponderación y cargas de argumentación<sup>226</sup>. Según ALEXY, para desarrollar el juicio de ponderación, es necesario un sistema inferencial similar a la lógica de la subsunción en el sistema de reglas. Su propuesta es la “fórmula del peso”, según la cual cada principio puede ser afectado en un sistema de escalas (“escala triada”): afectación leve, moderada y grave<sup>227</sup>. Por tanto, en cada caso habrá que determinar la intensidad de la afectación a la luz de la importancia del principio opuesto. Según ALEXY el juicio de ponderación supone tres pasos: a) establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; b) determinar la importancia de la satisfacción del segundo principio; y c) determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero<sup>228</sup>.

La conclusión del juicio consistirá en lo que ALEXY denomina la “ley de ponderación”, la que puede expresarse en los siguientes términos: “a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado”<sup>229</sup>. Como vemos, este es el mismo criterio que surge del principio de ponderación en sentido estricto.

---

simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales” (Alexy, 2002b: 29).

<sup>225</sup> Alexy, 2002b: 31-32.

<sup>226</sup> Alexy, 2002b: 33-49; Alexy, 2004: 78-87.

<sup>227</sup> A juicio de Alexy “[l]os tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica” (Alexy, 2002b: 40-41).

<sup>228</sup> Alexy, 2004: 64-66.

<sup>229</sup> Alexy, 2002b: 31-32.

Finalmente, las “cargas de argumentación” dicen relación con aquellos casos en que hecho el proceso de ponderación se concluye con un empate entre los principios en conflicto. En este caso, la resolución deberá ser objeto de una decisión que pueda ser justificada racionalmente (hay discrecionalidad en la ponderación).

Según ALEXY, cada uno de estos elementos apunta a una cuestión central: poder realizar juicios racionales que permitan decidir en el caso concreto el grado de afectación de un principio en beneficio de otro. En palabras del propio ALEXY: “Esta tesis sostiene que, con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que la clase de estos casos es suficientemente interesante como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada”<sup>230</sup>.

A mi juicio, el mecanismo de la ponderación es central en el caso de los conflictos entre derechos fundamentales. El juicio de ponderación constituirá el procedimiento que permitirá interpretaciones de las normas constitucionales en conflicto respetando la validez de cada una. Por tanto, no procede establecer relaciones de dependencia o de jerarquía ajenas a un sistema coherente de derechos y libertades consagradas constitucionalmente. De esta forma, los límites de los derechos fundamentales surgirán de un proceso racional que se vincule con las necesidades y justificación de tutela de otros principios en pugna<sup>231</sup>.

Un aspecto que debemos tener en cuenta y que es de relevancia para la coherencia del sistema de derechos fundamentales, es que el juicio de ponderación establece un cierto orden de preferencia relativo al caso concreto, pero que no implica un triunfo en todo caso de un principio sobre otro<sup>232</sup>. De esta forma se respeta la idea de igualdad

---

<sup>230</sup> Alexy, 2002b: 32.

<sup>231</sup> Prieto, 2003: 191.

<sup>232</sup> Prieto, 2003: 192.

entre los derechos y se evita visiones jerarquizantes entre derechos fundamentales que pueden romper la coherencia del sistema.

Una última cuestión que debe tenerse presente en el juicio de ponderación es su relación con la subsunción<sup>233</sup>. No debe entenderse que la ponderación la reemplaza como técnica hermenéutica, sino que ambas operan en planos diferentes<sup>234</sup>. Será precisamente el método tradicional para aplicar las normas el que nos permitirá establecer que dos principios se encuentran en conflicto. Asimismo, será la subsunción la que una vez terminado el juicio de ponderación nos permita aplicar la solución al caso concreto<sup>235</sup>.

### **3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

En este apartado me propongo probar que el sistema constitucional de derechos fundamentales en Alemania y España está compuesto por reglas y principios y que la resolución de conflictos entre principios se resuelve a través de la ponderación. Asimismo, el análisis de los casos de Colombia y Costa Rica apunta a verificar que estos sistemas han acogido esta interpretación, tanto en los aspectos estructurales (sistema complejo), como en la resolución de conflictos entre principios (ponderación).

#### **3.1. Alemania**

El caso *Titanic* es un buen ejemplo del uso que ha hecho el Tribunal Constitucional Federal del juicio de ponderación, y nuevamente se vincula con el conflicto entre el

---

<sup>233</sup> “La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de ‘subsunción’”, ver Moreso, 2003: 99-100.

<sup>234</sup> En este sentido sigo a Moreso quien ha trabajado precisamente la vinculación entre ponderación y subsunción, ver Moreso, 2003: 99-121.

<sup>235</sup> “Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces –por razones conceptuales- no hay aplicación del Derecho sin subsunción”, Moreso, 2003: 121. En el mismo sentido, ver, Prieto, 2003: 194.

derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra. En este caso, una revista satírica alemana llamada *Titanic* llamó en uno de sus números “asesino nato” y en el siguiente “tullido” a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había conseguido que lo llamaran nuevamente a las filas para realizar un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista *Titanic* a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista dedujo un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal<sup>236</sup>.

La solución del caso por parte del Tribunal Constitucional siguió el siguiente razonamiento: debía resolverse si la afectación a la honra justificaba una intervención en la libertad de expresión, manifestada en la imposición de una multa al medio de comunicación que había ofendido a un ciudadano. En primer lugar, el Tribunal resolvió el grado de afectación del derecho a la honra del afectado en el caso concreto. Para ello determinó que, en el contexto de una publicación de sátira política, llamar “asesino nato” a un oficial de reserva, no era sino una afectación leve al derecho a la honra y que, por tanto, no podía justificar una intervención fuerte en el derecho a la libertad de expresión del medio periodístico (expresado en una indemnización pecuniaria). En cambio, llamar en un editorial “tullido” al mismo oficial (que era parapléjico), sí importaba una afectación grave al derecho a la honra, que justificaba una medida de intervención en la libertad de expresión del medio *Titanic*, lo que en el caso concreto se expresaba en una multa.

Para ALEXY esta sentencia del Tribunal Constitucional es un buen ejemplo de cómo el juicio de ponderación permite una resolución racional de un conflicto entre principios aplicando la “escala triada”, donde puede cuantificarse el grado de afectación del derecho de manera relevante para la resolución del caso. De ahí que cada proceso de valoración deba hacerse a la luz de los hechos y de los sujetos involucrados como titulares de los derechos en conflicto. Al considerar que la imposición de una multa constituye una afectación grave al derecho a la libertad de expresión, lo que está haciendo el Tribunal Constitucional es valorar el principio afectado. Lo mismo ocurre con el derecho al honor, ya que cuando el Tribunal estima que es posible justificar la

---

<sup>236</sup> Para los detalles del caso, ver Alexy, 2002b: 34-36.

restricción del principio de libertad de expresión atendida la gravedad de la afectación del honor, no hace sino resaltar la importancia del derecho al honor y de la dignidad personal<sup>237</sup>. Es decir, el Tribunal valora los derechos y, en el caso concreto, determina los niveles de afectación legítimos a la luz del juicio de ponderación.

### 3.2. España

Tal como he señalado en el capítulo II, el texto constitucional español, en consonancia con el alemán, consagra derechos fundamentales en distintos niveles de la normativa constitucional. Se consagran no sólo principios constitucionales que iluminan dicho texto, sino que además la Constitución de 1978 consagra un catálogo de derechos, en la sección 1ª del Capítulo segundo (arts. 15 al 29). Dentro de estas normas hay claramente derechos fundamentales expresados como principios<sup>238</sup> y como reglas<sup>239</sup>.

En relación con los principios constitucionales, el artículo 1.1 de la Constitución<sup>240</sup> consagra un “estado social y democrático de derechos”. Esta noción ha sido ligada a la idea tradicional de Estado de Derecho como un vínculo entre la actividad del Estado y ley y Constitución; además, la idea de un Estado “democrático” ha sido vinculada con la idea política de un cierto sistema de gobierno; y lo social como la instauración “de un orden económico y social justo, a través de la promoción de un progreso cultural y económico que asegure a todos una digna calidad de vida”<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Alexy, 2002: 36.

<sup>238</sup> A modo de ejemplo ver en la Constitución, arts. 14 “los españoles son iguales ante la ley”, 15 “todos tienen derecho a la vida”, 18 “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y 24 “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales” (Diez-Picazo: 2005: 45).

<sup>239</sup> A modo de ejemplo ver en la Constitución los artículos 17 “en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial” y 18 la entrada al domicilio solo podrá hacerse mediante “consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito” (Diez-Picazo, 2005: 45).

<sup>240</sup> “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>241</sup> Pérez Luño, 1984: 189.

En relación con la forma de solucionar los conflictos que puedan surgir entre derechos fundamentales expresados como principios, es interesante el caso 66/1995 del Tribunal Constitucional español. En este caso debía resolverse una acción de amparo constitucional en que se alegaba la vulneración del derecho reconocido en el art. 21 de la Constitución (derecho de reunión)<sup>242</sup>. Esta vulneración se había producido, a juicio de la recurrente, debido a la decisión de la Delegación del Gobierno de prohibir una concentración convocada, por considerar que existían razones fundadas para creer que su realización alteraría el orden público, con peligro para personas y bienes.

En este caso, el Tribunal Constitucional determinó un procedimiento concreto para la limitación de un derecho y lo vinculó con el juicio de ponderación. El Tribunal estableció una serie de pasos para realizar su análisis. En primer lugar, determinó si la medida enjuiciada tenía un fin legítimo a la luz de la propia Constitución. Esto, con el objeto de poder justificar una interferencia en un principio o derecho constitucional<sup>243</sup>. Luego, determinó la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento. Enseguida, se debía determinar la necesidad de la medida, esto es, que no existiera otra que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resultara menos gravosa o restrictiva<sup>244</sup>. Finalmente, el Tribunal hizo referencia al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, determinar en el caso concreto si existe equilibrio entre los beneficios obtenidos con la medida limitadora, con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que se originan en otro<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> Artículo 21: 1. "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

<sup>243</sup> STC, caso 66/1995, sentencia de 8 de mayo de 1995, considerando 3.

<sup>244</sup> A juicio del Tribunal en el caso concreto hay que demostrar no solo que la medida ha sido fundada, sino que además es necesario acreditar que "a la luz de los hechos declarados probados, efectivamente concurrían en este supuesto las circunstancias que permiten adoptar tan grave medida de restricción del ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 21 C.E.", STC, caso 66/1995, considerando 4.

<sup>245</sup> "Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para

De esta forma, el Tribunal aplica el juicio de ponderación como parte de su análisis de legitimidad de las medidas que puedan establecer límites a los principios consagrados constitucionalmente. El Tribunal Constitucional asume que el sistema constitucional español es un sistema normativo complejo, en el que hay normas constitucionales relativas a derechos que están expresadas como principios y que, por tanto, para determinar la legitimidad de las restricciones en caso de conflicto debe procederse a un análisis de cuestiones como adecuación, necesidad y proporcionalidad. En este último paso hay claramente un análisis normativo que valora el grado de afectación o lesión de un principio constitucional, tal como lo exige el juicio de ponderación en su modelo teórico expuesto por Alexy.

### **3.3. Colombia**

Tal como he señalado previamente, uno de los aspectos centrales de la concepción de derechos fundamentales desarrollada por el constitucionalismo europeo ha sido el reconocimiento del hecho que los sistemas de derechos fundamentales son un sistema complejo de normas, en el cual encontramos principios y reglas. Asimismo, he sostenido que en los casos de conflicto entre principios el sistema de resolución ha sido el juicio de ponderación.

La Corte Constitucional colombiana ha seguido los criterios desarrollados por el constitucionalismo europeo. Justamente, esta Corte se ha pronunciado sobre la estructura del sistema normativo constitucional colombiano como un sistema complejo de normas y ha señalado que los conflictos entre principios deben ser resueltos en base al juicio de ponderación.

---

personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”, STC, caso 66/1995, considerando 5.

A efectos de este estudio analizaré los alcances de la sentencia C-1287/2001. En este caso el tema en discusión fue la inconstitucionalidad de ciertas expresiones del nuevo Código de Procedimiento Penal en Colombia. Los demandantes sostenían que la nueva normativa procesal establecía que nadie está obligado a declarar contra sus parientes en “primer grado civil”, lo que constituía una discriminación inconstitucional, porque en caso del parentesco por consanguinidad el grado hasta el cual no existe dicha obligación es el cuarto. Por tanto, una persona estaría obligada a declarar contra sus parientes en segundo, tercero y cuarto grado civil, pero no contra sus pariente en segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad, lo cual constituye un tratamiento discriminatorio en detrimento de los familiares constituidos como tales por virtud de la adopción, por cuanto establece diferencias de régimen jurídico derivadas del origen familiar del individuo. Los demandantes señalan que el artículo 42 Constitucional, al referirse de manera especial a los hijos adoptivos, es enfático al advertir que éstos tienen los mismos derechos y deberes que los hijos procreados de manera natural, lo que sería vulnerado por las normas acusadas, al incluir criterios de diferenciación no autorizados por la Constitución.

Este caso le sirve a la Corte Constitucional para pronunciarse acerca de la estructura de las normas de derechos fundamentales en la Constitución. La Corte señala claramente que la estructura de los derechos fundamentales es compleja, donde concurren principios y reglas. Inicia su análisis señalando que el ordenamiento jurídico es un sistema y que como tal, requiere de coherencia interna<sup>246</sup>. A continuación recoge la clásica distinción formulada por DWORKIN entre “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”<sup>247</sup> y señala cuáles son las consecuencias de este planteamiento

---

<sup>246</sup> “El problema de las antinomias o contradicciones internas del ordenamiento jurídico, y específicamente el de las antinomias constitucionales, ha sido abordado usualmente por la doctrina a partir de la connotación de *sistema* que se predica del ordenamiento jurídico, y que exige la coherencia interna del mismo” (considerando 5).

<sup>247</sup> “Dworkin, dentro del clásico debate que sostuvo con Hart, expuso que el ordenamiento jurídico no se agota en *estándares* que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “*principios, directrices políticas y otros tipos de pautas*”, a los cuales llamó genéricamente “*principios*”. Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La diferencia entre *principios y reglas* es, para Dworkin, una diferencia lógica. Las reglas son aplicables “*a la manera de disyuntivas*. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en

en los casos de conflictos entre estos principios (o valores según la Corte). La Corte sostiene que el medio para lograr la armonización en caso de conflicto es el método de la “ponderación”<sup>248</sup>. A su juicio, la distinción estructural propuesta tiene una consecuencia hermenéutica y permite que, en caso de conflictos entre principios, se puedan superar los criterios formalistas propios de un sistema de reglas (como el de la prevalencia en razón del tiempo), y se resuelva mediante un método ideado precisamente para este tipo de conflicto. Finalmente, la Corte recuerda que este ha sido el procedimiento que ha utilizado en otros casos en que se produce un conflicto entre derechos<sup>249</sup>. En definitiva, la Corte Constitucional asume la visión que predomina en el constitucionalismo sobre un sistema complejo de normas en el cual confluyen principios y reglas. Asimismo, determina que la consecuencia de este sistema complejo en materia de conflictos entre principios es que estos deben ser resueltos a través de la “ponderación” como criterio hermenéutico.

La Corte concluye el caso señalando que “los hijos adoptivos deben ser llamados a declarar contra sus parientes más próximos en las mismas condiciones en que son llamadas las demás categorías de hijos”, es decir, no declaró la inconstitucionalidad, pero fijó la interpretación correcta de las normas involucradas. Si bien el caso no implica estrictamente un conflicto de derechos para resolverlo la Corte establece que la solución debe cumplir con ciertos estándares que son propios de la aplicación del

---

*cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (considerando 6, cursivas en el original).*

<sup>247</sup> En cambio los principios no “establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares” (considerando 6).

<sup>248</sup> “Ahora bien, como se ha dicho, la doctrina jurídica expuesta propone que cuando surgen conflictos entre normas que reconocen valores o principios, es decir cuando parecen contraponerse, es menester acudir a la *ponderación* para lograr su armonización. Así las cosas, la distinción entre las nociones mencionadas, acaba siendo un método de interpretación constitucional válido para lograr la coherencia interna práctica de las normas superiores, que supera el criterio formalista de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad” (considerando 4).

<sup>249</sup> “No es la primera vez que la Corte armoniza distintos principios constitucionales implicados en la aplicación de las normas jurídicas. Así lo hizo, por ejemplo, en la Sentencia C-225 de 1995 cuando ponderó el principio de obediencia debida de los militares a que se refiere el inciso segundo del artículo 91 de la Constitución, con los principios también superiores de dignidad e integridad de la persona humana” (considerando 11).

principio de proporcionalidad<sup>250</sup>. Dos aspectos son centrales, por una parte, la sentencia establece que solución del caso debe hacer operantes todos los principios que están en juego, por tanto, no podrá elegirse una alternativa que implique la supresión del goce o ejercicio de los derechos involucrados. Por otra parte, señala que la restricción a los derechos que puede ser necesaria para lograr el objetivo antes señalado, no puede ser desproporcionada y por tanto, debe ser la menos lesiva para los derechos y principios involucrados.

Un segundo caso interesante es la sentencia T-453/2005 donde se resuelve directamente un conflicto de derechos mediante el juicio de ponderación. En este caso estaban en conflicto dos derechos: intimidad de la víctima y derecho a un debido proceso del inculpado (en particular el derecho de defensa). La Corte concretamente debía “determinar si la introducción de una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual, resulta razonable y proporcional como mecanismo para garantizar la defensa del procesado”<sup>251</sup>. Para resolver esta cuestión la Corte señala que debe realizar un análisis en cuatro pasos:

“[E]n primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable

---

<sup>250</sup> “La armonización de los distintos principios constitucionales que están en juego en este caso, en el momento de aplicar las normas acusadas implica necesariamente hacer operantes los principios de igualdad, no discriminación por el origen familiar, dignidad, libertad de conciencia y respeto a la intimidad y unidad familiar. Por lo tanto tales normas no pueden ser interpretadas únicamente a la luz de la restricción que para los hijos adoptivos establece la regla del artículo 33 superior. Esta restricción del alcance de la excepción al deber de colaborar con la recta administración de justicia, que obliga a declarar en contra de ciertos parientes muy próximos, si se aplica sin equilibrarla con la regla que fija el artículo 42 de la Carta, conduce a una restricción desproporcionada del derecho a la igualdad y a la dignidad de los hijos adoptivos, y cercena la protección a la intimidad y unidad familiar por la que propende también la Constitución. Por eso los hijos adoptivos deben ser llamados a declarar contra sus parientes más próximos en las mismas condiciones en que son llamadas las demás categorías de hijos. Esto, sin duda, significa un recorte de la obligación de colaborar con la administración de justicia, pero este sacrificio de tal deber constitucional, (aceptado por las normas superiores en relación con las demás categorías de hijos), se revela menos lesivo de derechos y principios fundamentales, que el de la aplicación imponderada de la regla contenida en el artículo 33 en relación con los hijos adoptivos”, Sentencia 1287/2001, numeral 5.1.7

<sup>251</sup> Sentencia T-453/2005, considerando 6.3.

a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado”.

Estos son, precisamente, los mismos pasos que se ha determinado en sede internacional. Para resolver el último punto -relativo a la proporcionalidad de la medida de restricción de un derecho en beneficio de otro- se recurre a los elementos propios del juicio de ponderación a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. A juicio de la Corte, sobre la afectación al derecho a la intimidad en beneficio del derecho a un debido proceso del inculpado, debía aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido estricto y por tanto, se debía atender al grado de afectación del derecho a la intimidad y el nivel de efectividad del derecho de defensa. Este proceso le permitirá a la Corte determinar si es una medida proporcional o no<sup>252</sup>. La Corte concluye su análisis del caso señalando que una medida que indaga la vida íntima de la víctima no es conducente a la verdad del caso y por lo tanto, es una interferencia desproporcionada en el derecho, no justificada a la luz del beneficio que obtenga para el derecho en contradicción<sup>253</sup>.

Por tanto, es posible concluir: a) que la Corte constitucional entiende el sistema de derechos fundamentales como un sistema complejo en el que concurren principios y reglas; b) en caso de ser necesario restringir un derecho, se recurre a los mismos criterios que utiliza el derecho internacional de los derechos humanos; c) en caso de producirse un conflicto entre derechos fundamentales expresados como principios se debe recurrir al juicio de ponderación; c) el juicio de ponderación aplicado sigue los

---

<sup>252</sup> “Finalmente, como en estos casos se invade la órbita privada de una persona después que ha sido víctima de actos lesivos de su dignidad y autonomía, es preciso analizar el cumplimiento de la proporcionalidad en sentido estricto, o sea, se estudiará el grado de afectación de la intimidad, de un lado, y el nivel de efectividad del derecho de defensa, del otro, para determinar si se presenta una desproporción en desmedro del derecho a la intimidad de la víctima”, Sentencia T-453/2005, considerando 6.3.

<sup>253</sup> “De lo anterior se concluye, que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusion”, Sentencia T-453/2005, considerando 6.3.

lineamientos del constitucionalismo comparado europeo, en particular, el análisis de Alexy sobre la materia.

### **3.4. Costa Rica y Perú**

En la sentencia dictada en el caso 5759-1993, la Sala Constitucional de Costa Rica afirma que el texto constitucional costarricense, después de la reforma del año 1989, no sólo está compuesto por normas expresadas como reglas sino que también “contempla valores y principios”. Señala que todas estas normas deben ser capaces de expresarse de forma armoniosa y en esto cumple un rol central la propia jurisprudencia de la Corte en su faceta de intérprete del contenido y alcance de cada una de estas normas. Asimismo, es interesante la sentencia 300-1990 en la cual la Sala Constitucional señala que para resolver una acción de inconstitucionalidad, por expreso mandato de la ley de la Jurisdicción Constitucional, debe considerar los principios, tanto constitucionales como internacionales para resolver el recurso; lo que le permite sostener a la Sala que también le es posible recurrir a los “valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos”<sup>254</sup>.

Son dos las cuestiones que surgen de estos fallos, por una parte el vínculo que realiza la Sala Constitucional entre la estructura compleja de las normas constitucionales, en particular los principios y el rol que le corresponde al Tribunal de armonizar dichas normas en su calidad de intérprete de la Constitución. Por otra parte, es interesante que la Sala Constitucional incorpore dentro de sus posibilidades de análisis los principios implícitos en la propia Constitución y en las normas generales de los derechos humanos y no se limite a los principios explícitos de la Constitución.

---

<sup>254</sup> “Sin embargo, como se dijo, la misma Ley (arts. 1° y 2°) obliga también a considerar la cuestión desde el punto de vista de los principios, tanto constitucionales como del Derecho Internacional aplicables, situación en la que adquieren especial relevancia, tanto los valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos”, Sentencia 300-1990, considerando IV.

En cuanto a la restricción de derechos y las posibilidades de conflicto entre normas, la Sala Constitucional desde sus primeras sentencias (1992) señaló que la restricción de derechos debían ser sólo las “necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales”<sup>255</sup>. Además, en su análisis sobre las restricciones necesarias ha señalado que enfrentados dos derechos, la Sala debe “arbitrar” los derechos en conflicto<sup>256</sup> y que en caso de ser necesario restringir alguno de estos, se debe respetar el principio de proporcionalidad de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos<sup>257</sup>.

En esta materia es interesante citar la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano. En su sentencia 00045-2004-AI, el Tribunal Constitucional debía resolver si una norma infraconstitucional era discriminatoria y, por tanto, violaba el derecho a la igualdad. En este caso el Tribunal desarrolló ampliamente el principio de proporcionalidad. Por esta vía, la sentencia hizo suyo íntegramente el desarrollo sobre la proporcionalidad de Alexy que hemos reseñado *supra*. A partir del principio de proporcionalidad, el Tribunal determina los elementos que deben concurrir para poder

---

<sup>255</sup> “... los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, las necesarias, pero nada más que las necesarias a la vigencia de los valores democráticos y constitucionales”, Sentencia 3550-1992, considerando XVII.

<sup>256</sup> “Sin embargo, no puede esta Sala desentenderse de que, desde el punto de vista de la otra parte, los alimentos son por definición, indispensables para la subsistencia y la supervivencia misma de los acreedores alimentarios, generalmente, menores incapaces de atender a su manutención, o mujeres incapaces por sí solas de atender cumplidamente a la de sus hijos. Los derechos de esos acreedores alimentarios son también fundamentales, por lo que el ordenamiento debe arbitrar, en lo posible, los medios de garantizarlo, sin violar, eso sí, los del deudor”, Sentencia 300-1990, considerando X.

<sup>257</sup> “En todo caso, la Sala considera que el derecho a la jubilación, en general o en los regímenes especiales aludidos, no puede ser normalmente condicionado a la conducta de su titular, ya sea ésta anterior o posterior a su consolidación como derecho adquirido. En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin. Esto no es otra cosa que expresión de un conocido principio del Derecho de los Derechos Humanos, que puede denominarse de proporcionalidad, y que se recoge, en general, como condición sine qua non de las limitaciones y restricciones a tales derechos autorizadas excepcionalmente por los propios textos que los consagran; principio que se encuentra enumerado, por ejemplo, en los artículos 29.2 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Sentencia 1147-1990, considerando VII.

restringir un derecho fundamental<sup>258</sup>. Señala que el principio de proporcionalidad se debe tener en consideración al resolver el caso concreto, lo que implica su aplicación

“a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes: Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad; Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); Examen de idoneidad; Examen de necesidad; Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”<sup>259</sup>.

Finalmente, señala el Tribunal que

“Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional”<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> El Tribunal es muy claro en que la aplicación del principio de proporcionalidad supone un conflicto entre derechos fundamentales: “En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto”, Sentencia 01209-2006-PA/Tribunal Constitucional, considerando 55.

<sup>259</sup> Sentencia 00045-2004/AI, considerando 4.2

<sup>260</sup> Sentencia 00045-2004/AI, considerando 9 (cursiva en el original).

De esta forma, es claro que la sentencia del Tribunal Constitucional peruano asume como propios los criterios desarrollados por el constitucionalismo europeo sobre el principio de proporcionalidad, tanto en su contenido sustantivo, como en lo metodológico.

\* \*  
\*

La jurisprudencia constitucional latinoamericana que hemos analizado nos permite concluir que los sistemas normativos de derechos fundamentales son interpretados como sistemas complejos, donde concurren reglas y principios; que frente a conflictos entre principios se siguen las reglas propias del juicio de ponderación, en particular, se recurre al principio de proporcionalidad como base para la resolución de dichos conflictos.

#### **IV. ESTANDAR NORMATIVO DE ESTRUCTURA COMPLEJA: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO FUENTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Aparte de la cuestión relativa a la resolución de conflictos entre principios, la consagración de principios constitucionales nos lleva a dos situaciones en relación con los derechos fundamentales: (1) Casos en que por vía interpretativa puedan derivarse derechos fundamentales desde principios constitucionales o principios internacionales cuando estos son aplicados a situaciones concretas. (2) Casos en que es necesario dotar de contenido normativo concreto a derechos fundamentales que se expresan como tales a través de principios generales (principio de libertad, igualdad por ejemplo) a efecto que cumplan con sus funciones propias en tanto derechos subjetivos iusfundamentales.

A continuación revisaré algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional de Costa Rica en las que se ha hecho un razonamiento interesante

sobre las posibilidades de extraer derechos fundamentales a partir de ciertos principios constitucionales que no están planteados *prima facie* como tales. Asimismo, analizaré la forma en que se ha razonado en dichos órganos para dotar a principios generales de un contenido normativo concreto a partir de normas internacionales de derechos humanos. Estos últimos, son casos en que la consagración constitucional está expresada en términos genéricos, por lo que para darles operatividad, es necesario dotar a dichos mandatos normativos de contenido concreto. La jurisprudencia ha realizado esto mediante la aplicación de estándares desarrollados internacionalmente.

Esta forma de razonamiento por parte de la jurisprudencia constitucional implica al menos dos cosas. Por un lado supone una interpretación de los estándares normativos sobre derechos fundamentales que permite una mirada normativa y no meramente programática de los principios constitucionales. Por otro lado, implica una mirada unitaria del sistema normativo nacional e internacional en materia de derechos humanos, haciendo posible recurrir a desarrollos internacionales para dar respuesta concreta a casos sobre derechos fundamentales en el ámbito interno. Esto permite que los derechos puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por sus titulares según un cierto contenido normativo exigible por los procedimientos de garantía jurisdiccional.

## **1. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE EMANAN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: COLOMBIA**

En el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana relativa a la estructura de los derechos fundamentales, me interesa analizar la utilización de normas y estándares desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos para dotar de contenido operativo a derechos fundamentales que se expresan como principios constitucionales.

La Corte Constitucional ha determinado que es posible derivar desde principios constitucionales derechos fundamentales que sean efectivamente garantizados a través de los mecanismos de protección diseñados en la Constitución. Un caso relevante en esta materia es la sentencia dictada por la Corte Constitucional de

Colombia relativa al “mínimo vital”<sup>261</sup>. En esta sentencia se establece que el principio de la “dignidad” de la persona y el de “libre desarrollo de la personalidad”, a la luz de ciertos derechos consagrados expresamente en el catálogo constitucional, podían servir de base para construir un derecho a un cierto estándar de vida o “mínimo vital”, el cual sería posible exigir a través de la figura de la tutela. Asimismo, esta sentencia, sobre la base de la normativa internacional de derechos humanos, da un contenido normativo al derecho a la seguridad social más preciso que el establecido en la Constitución.

La Corte colombiana construye su argumento de la siguiente forma. Parte reconociendo que la Constitución no consagra dentro del catálogo de derechos el “derecho a la subsistencia”. Sin perjuicio de ello, señala que es posible deducir este derecho a partir de otros que sí se encuentran consagrados en el texto constitucional, así como de ciertos principios consagrados en dicho instrumento<sup>262</sup>. En primer lugar, hace mención al principio del “Estado social de derecho” consagrado en la Constitución, del cual se pueden deducir mandatos y obligaciones constitucionales concretas. Luego, utiliza los principios de dignidad humana y solidaridad, que le permiten configurar una obligación del Estado en orden a garantizar a toda persona “el mínimo vital para una existencia digna”<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Sentencia T-426/1992.

<sup>262</sup> “Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”, Sentencia T-426/1992, considerando 4.

<sup>263</sup> “Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo (Preámbulo, CP art. 2). Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna”, Sentencia T-426/1992, considerando 5.

La Corte debe determinar el alcance del derecho a un “mínimo vital”. Establece que este derecho “no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado”, sino que “el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades”<sup>264</sup>.

Una vez establecidos los fundamentos del derecho a un mínimo vital y sus alcances, la Corte pasa a determinar la procedencia de un derecho a la seguridad social. En este punto, se encuentra nuevamente con el problema de que este derecho no se encuentra consagrado expresamente en el texto constitucional. Esta vez, para determinar su procedencia, argumenta en el siguiente sentido: si bien este derecho se encuentra establecido en forma genérica (art. 48 de la Constitución) y en forma específica respecto de las personas pertenecientes a la tercera edad (art. 46 inc. 2 de la Constitución), “adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art.1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46)”<sup>265</sup>. Refuerza su argumento señalando que este derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>266</sup>.

A continuación, la Corte procede a determinar si el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas con el fin de garantizar el goce de este derecho. Comienza

---

<sup>264</sup> Sentencia T-426/1992, considerando 6.

<sup>265</sup> Sentencia T-426/1992, considerando 9.

<sup>266</sup> “El derecho internacional defiende la importancia central de los derechos de la seguridad social. Diversos instrumentos otorgan status de derechos fundamentales a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La Declaración Universal de los Derechos Humanos - el más importante documento del derecho internacional humanitario - estatuye en su artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, así mismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (considerando 11).

reconociendo que, tradicionalmente, el derecho a una satisfacción inmediata de las necesidades básicas se ha interpretado en forma restrictiva (considerando 13). Asimismo, señala que la idea de la igualdad económica de oportunidades es un “mito” que “ha sido desmentido por las realidades demográficas mundiales” (considerando 15) y que esto ha dado lugar a que en el plano del derecho internacional se hayan establecido mecanismos para el cumplimiento de los derechos humanos<sup>267</sup>. Esto le permite concluir a la Corte que “[E]l principio de interpretación de los derechos y deberes de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), exige afirmar el carácter fundamental del derecho a la seguridad social para aquellas personas con necesidades básicas insatisfechas y que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental (CP art. 13 inc. 3)” (considerando 16).

Una vez determinado que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, la Corte está en condiciones de afirmar que, al no haberse garantizado este derecho en el caso concreto, se ha producido un acto contrario a la Constitución (considerando 26)<sup>268</sup>.

Esta sentencia de la Corte Constitucional aporta varios puntos de interés: a) es posible concretar derechos fundamentales a partir de los principios constitucionales; b) es posible que un determinado principio constitucional extienda su alcance normativo, en

---

<sup>267</sup> En el plano internacional ello ha dado lugar al establecimiento de mecanismos para el cumplimiento de los derechos humanos. Es así como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptados en 1966, vigentes a partir de 1976 y ratificados por Colombia mediante ley 74 de 1968, desarrollan y dan concreción a los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el núcleo de la Carta Internacional de Derechos.

En especial, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social" (considerando 15).

<sup>268</sup> “En el caso sub-examine la omisión del Estado en resolver prontamente la solicitud del petente, a pesar de sus repetidos y frustrados intentos de obtener una respuesta, fue de tal magnitud que puso fuera de las posibilidades del interesado el ejercicio de su derecho, afectando con ello también el interés jurídicamente protegido que perseguía le fuera reconocido, consistente en su derecho fundamental a la seguridad social. En consecuencia, debe concluirse que el núcleo esencial del derecho de petición ha sido afectado inconstitucionalmente por parte de la administración al no haber resuelto en forma oportuna la solicitud de sustitución pensional presentada por el accionante” (considerando 26).

tanto derecho fundamental, al ser interpretado como parte de un sistema jurídico complejo que incluye la normativa internacional; y c) el hecho que una norma adquiera el carácter de derecho fundamental, a partir de un ejercicio hermenéutico desde los principios constitucionales y los derechos consagrados internacionalmente, genera para el Estado las mismas obligaciones que respecto de los derechos fundamentales consagrados directamente en el catálogo constitucional.

## **2. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE EMANAN DE PRINCIPIOS INTERNACIONALES: COSTA RICA**

Un aspecto interesante desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica es la posibilidad de dotar de un contenido normativo concreto en el ámbito interno a un derecho fundamental que surge de un principio consagrado en instrumentos internacionales de los derechos humanos. En concreto, es posible que los derechos fundamentales tengan su fuente no sólo en el catálogo constitucional o en los principios constitucionales, sino que también en los principios internacionales sobre derechos humanos.

La sentencia 300-1990 de la Sala Constitucional se refiere a la compatibilidad entre el derecho interno -que no consagra el derecho a recurrir de un fallo ante un tribunal superior en materias no penales- con los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos. La cuestión que debió resolver la Sala Constitucional era si, a partir del principio general del derecho a un debido proceso, podía concretarse el derecho específico de recurrir ante un tribunal superior en materias distintas a las penales.

Es importante la sentencia de la Sala Constitucional ya que en ella no sólo se hace referencia a que los derechos fundamentales pueden expresarse a través de principios constitucionales, sino que señala que estos principios pueden estar expresados en los instrumentos internacionales. Para la Sala, en la medida que un principio constitucional o un principio consagrado en el derecho internacional exprese un derecho fundamental, “la disposición cuestionada, o su interpretación, serían,

efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan”. Así, está consagrando como parámetro de constitucionalidad no sólo los derechos fundamentales directamente consagrados en el catálogo de derechos constitucionales, sino aquellos derechos fundamentales tienen su fuente en principios constitucionales generales, e incluso los derechos fundamentales expresados a través de instrumentos internacionales (reglas o principios consagrados en el derecho internacional vigente)<sup>269</sup>.

De esta forma, la jurisprudencia de la Sala Constitucional acepta que los derechos fundamentales tienen su fuente tanto en normas constitucionales (expresados como reglas o principios), como en instrumentos internacionales (expresados como reglas o principios).

Me parece que este punto es muy interesante, toda vez que si seguimos el razonamiento efectuado por la Sala Constitucional, podremos concluir que es posible hacer exigible al Estado un derecho fundamental que no se encuentra consagrado expresamente ni en la Constitución ni en el ordenamiento internacional. Es decir, podría ser exigible un derecho extraído de los principios implícitos en el desarrollo de la normativa de garantía de los derechos en el ámbito internacional<sup>270</sup>, lo cual amplía de manera muy importante las fuentes de los derechos fundamentales.

---

<sup>269</sup> “Que, si bien el derecho a recurrir de un fallo ante un tribunal superior, en general o para determinados supuestos, no se encuentra consagrado expresamente por ningún texto constitucional, sin embargo, los artículos 1 ° y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, **como parámetros de constitucionalidad**, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serían, efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan” (sentencia 300-1990, considerando II).

<sup>270</sup> “Sin embargo, como se dijo, la misma Ley (arts. 1° y 2°) obliga también a considerar la cuestión desde el punto de vista de los principios, tanto constitucionales como del Derecho Internacional aplicables, situación en la que adquieren especial relevancia, tanto los valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos, con los criterios de interpretación recogidos por el artículo 29 de la Convención, criterios que, entre otras cosas, integran los derechos consagrados en el texto con cualesquiera otros reconocidos” (considerando IV).

### **3. LA CONCRECIÓN DE LOS ALCANCES DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE EXPRESAN DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: COSTA RICA**

Como hemos visto una cuestión es que los principios (constitucionales o internacionales) sirvan como fuente de derechos fundamentales. Otra forma de aproximación al tema son aquellos casos en los que el derecho fundamental está expresado como un principio general cuyo mandato normativo requiere ser precisado para tener operatividad. Surgen así casos en los cuales se concreta el sentido y alcance de un derecho fundamental enunciado como principio en la Constitución costarricense a la luz de lo dispuesto en la normativa internacional y su jurisprudencia<sup>271</sup>. En este sentido es interesante el fallo N°1739 de la Sala Constitucional del año 1992 sobre “el derecho a un debido proceso”.

En esta sentencia la Sala Constitucional desarrolló el contenido y alcance del derecho a un debido proceso a la luz del desarrollo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y no sólo de los tratados internacionales en la materia.

En términos generales, la Sala Constitucional distingue diversos contenidos para el derecho a un debido proceso<sup>272</sup>, pero opta por desarrollar uno de estos significados,

---

<sup>271</sup> Señala la Corte al respecto: “En nuestro país también se ha producido un desarrollo jurisprudencial de las normas constitucionales que garantizan los derechos procesales y sustantivos de la persona sometida a un proceso, especialmente penal. Aquí el eje de la garantía procesal ha sido el artículo 41 de la Constitución, interpretado como su fuente primaria, junto con los artículos 35, 36, 39 y 42, considerados como su manifestación más concreta en el campo del proceso penal. Dice el texto del primero: “Artículo 41 - Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes”. De la última regla -“debe hacerseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes”-, ya la Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal constitucional, había jalonado el derecho general y universal a la justicia y a un proceso justo.” (ver considerando III).

<sup>272</sup> “En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal -procesal-; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier

cual es, “el sentido procesal constitucional”<sup>273</sup>. En lo central de su argumentación la Corte vincula el contenido de este derecho a la reforma constitucional de 1989, en particular del artículo 48 (analizado *supra*), en el sentido siguiente:

“la reforma introducida al artículo 48 de la Constitución por ley #7128 de 18 de agosto de 1989, que amplió el catálogo de derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por la Jurisdicción Constitucional y por todos los tribunales, también a los derechos reconocidos en los instrumentos -no sólo tratados- internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República; ampliando así el conjunto de fuentes normativas de los derechos fundamentales y, por ende, de criterios para integrar el debido proceso”.

De esta forma, la Sala Constitucional establece a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, especialmente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como fuente normativa que da contenido y alcance –es decir, dota de un contenido normativo concreto- a un derecho fundamental (debido proceso).

Esto nos permite afirmar que en la sentencia analizada: (a) la Sala Constitucional da un contenido normativo concreto al derecho a un debido proceso desde un principio constitucional general que no establecía sus alcances normativos; y (b) para dotar al principio de dicho contenido normativo concreto utiliza, principalmente, los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

\* \*  
\*

---

categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución” (considerando I, parte final).

<sup>273</sup> “La Sala considera que, a la luz del Derecho de la Constitución costarricense y, por ende, también del Derecho de los Derechos Humanos incorporado a él, el análisis del debido proceso en esta consulta debe centrarse en el segundo de los sentidos dichos, es decir, en el sentido procesal constitucional, sin desconocer que involucra la totalidad de las exigencias del primero y se ve inevitablemente impregnado por algunas dimensiones fundamentales del tercero” (considerando II).

A partir del análisis realizado podemos concluir que la jurisprudencia constitucional analizada utiliza los principios (tanto constitucionales como internacionales) como fuente de derechos fundamentales. Asimismo, surge una cuestión relevante en relación con la normativa internacional de derechos humanos, ya que, en caso de ser necesario dar un contenido normativo preciso a un principio para que pueda cumplir con sus funciones como derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional analizada recurre a la normativa internacional (normas y jurisprudencia) para fijar el contenido preciso de dicho mandato normativo. En síntesis, la tendencia jurisprudencial analizada en relación con los estándares normativos, ha sido hacer uso de los principios constitucionales e internacionales como fuente de derechos fundamentales y cuando se enfrenta a principios generales que necesiten de concreción normativa para ser operativos, ha recurrido al derecho internacional de los derechos humanos para darles contenido normativo.

## **V. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y UNA FORMA DE DAR EFECTIVIDAD A LOS DERECHOS EN EL AMBITO INTERNO.**

### **1. COMPATIBILIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO**

La tendencia jurisprudencial analizada permite resolver los conflictos entre principios conforme con las normas y jurisprudencia internacionales. El sistema internacional contempla que las restricciones de derechos deben cumplir con tres requisitos: legalidad, objeto o fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática. En este último requisito se analiza la necesidad de la medida, su adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado estos mismos elementos para restringir derechos y en particular, para resolver aquellos casos en que sea necesario restringir un derecho en beneficio de otro. El juicio de ponderación no es, sino una metodología para determinar el grado de afectación de los derechos y su justificación y por lo tanto un instrumento que permite aplicar el principio de

proporcionalidad a casos concretos. Todo ello, desde un punto de vista metodológico, es perfectamente armónico con las obligaciones internacionales del Estado.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional analizada, al utilizar los principios fuentes de derechos fundamentales, no sólo ha considerado como fuente de derechos a los principios constitucionales, sino que también a los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, para darle un contenido concreto a ciertos principios constitucionales expresados en términos generales y que requieren de concreción para ser operativos se ha recurrido a la normativa internacional y la jurisprudencia que emana de los órganos de control. Ambos procesos permiten cumplir con las obligaciones internacionales ya que al utilizar el derecho internacional como fuente directa de los derechos fundamentales se asegura la compatibilidad de la normativa interna con la internacional de una manera directa y clara.

En síntesis, la tendencia jurisprudencial analizada relativa a la estructura de los estándares normativos sobre derechos subjetivos y el derecho internacional de derechos humanos, comparten una misma visión de la estructura de las normas, utilizan un sistema de restricción de derechos y específicamente de solución de conflictos que se guían por similares criterios; los principios de ambos sistemas pueden servir como fuente de derechos fundamentales y la normativa y jurisprudencia internacional sirven como fuente para dar contenido normativo a derechos fundamentales expresados como principios generales. Todo esto permite a los Estados que aplican estos criterios cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

## **2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO**

Sin duda, el mayor aporte de una visión compleja del sistema normativo de derechos fundamentales está dado por la posibilidad de desarrollar un sistema que dé efectividad a estos derechos en el ámbito interno. La tendencia jurisprudencial analizada por el constitucionalismo comparado y perfectamente aplicable en Chile,

permite esta efectividad, toda vez que establece una visión de las normas ajustada a su estructura y ello entrega herramientas hermenéuticas y de resolución de conflictos adecuadas. En cuanto a lo hermenéutico, mirar el sistema como un complejo de principios y reglas, permite que cada uno de estos estándares normativos sea interpretado a través de mecanismos diseñados para cada tipo de normas, sin que se produzcan confusiones a la hora de establecer el contenido y alcance de estas normas. En efecto, los resultados interpretativos son distintos si se intenta determinar el grado de cumplimiento de un principio en comparación con una regla.

En cuanto a la resolución de conflictos entre principios, es claro que un sistema complejo también implica contar con formas adecuadas de resolución de conflicto entre estos. Aplicar criterios de ponderación a los conflictos entre principios es un avance en la efectividad de las normas. En efecto, el juicio de ponderación permite que cada derecho mantenga plena vigencia en el sistema. Lo que se busca es que los derechos puedan convivir en un mismo sistema normativo y en cada caso de conflicto se deberá analizar la necesidad de afectar uno en beneficio de otro, lo adecuado de las medidas de restricción y la proporcionalidad de las mismas. Por tanto, las reglas propias del juicio de ponderación permiten la restricción de derechos, pero manteniendo cuidando de que las medidas de restricción sean las estrictamente necesarias, sean adecuadas y proporcionales. De esta forma, se evitan soluciones que priven de eficacia a los derechos ya sea mediante la jerarquización artificial de los mismos o mediante medidas que anulen la vigencia de un derecho en beneficio de otro.

Surge, asimismo, otra cuestión relevante respecto de la relación entre los principios constitucionales e internacionales y los derechos fundamentales. A partir de la jurisprudencia constitucional de Colombia y Costa Rica es posible observar una incorporación sustantiva de la normativa internacional para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. Esto queda claramente expresado en la posibilidad de que derechos fundamentales tengan su fuente en principios internacionales o que desde el derecho internacional de los derechos humanos se pueda dotar de un contenido normativo preciso a ciertos principios constitucionales

expresados en forma muy genérica y de esta forma, permitir su efectividad en el ámbito interno.

Si bien es posible formular críticas al juicio de ponderación, en particular, por el amplio campo que puede abrir a la subjetividad del intérprete, me parece que sigue siendo una alternativa razonable para resolver los conflictos entre principios. Principalmente, es destacable que este sistema obliga al intérprete a formular expresamente las razones de sus preferencias y valoraciones, lo que transparenta el sistema y permite su control.

En definitiva, 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<sup>274</sup>, donde es posible utilizarlos conjunta y complementariamente para lograr una mayor efectividad en la protección de los derechos fundamentales.

## **VI. APLICACION DE LA CONCEPCION SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS ESTANDARES NORMATIVOS SOBRE DERECHOS SUBJETIVOS EN EL CASO CHILENO**

Como cierre de este capítulo, desarrollaré los principales criterios que deben tener en cuenta los tribunales chilenos al analizar la estructura de los estándares normativos sobre derechos subjetivos y explicaré que esta es una mejor resolución del caso, ya que permite cumplir con los compromisos internacionales del Estado y da eficacia a los derechos en el ámbito nacional.

El texto constitucional chileno recoge una visión compleja de las normas constitucionales, en la cual hay expresión de principios y reglas<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, ver Peces-Barba, 1999: 655-659.

Desafortunadamente, esto no se ha reflejado adecuadamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional. En particular, las decisiones sobre conflictos entre derechos fundamentales siguen operando como si estos estuvieran expresados en el texto constitucional sólo como reglas y no como principios.

La forma en que se ha planteado la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales, cuando estos están expresados como principios, es un claro ejemplo de que la interpretación que predomina sobre el texto constitucional es parcial, pensado el sistema normativo de derechos fundamentales como un simple conjunto de reglas<sup>276</sup>. Sobre esta materia ha habido una tendencia a aceptar las tesis del profesor José Luis CEA<sup>277</sup>, 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 misma interpretación jerárquica de los derechos ha sido seguida por otros autores<sup>278</sup>.

Asimismo, la tesis numerológica ha sido seguida por alguna jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chileno<sup>279</sup>. En el caso del recurso de protección interpuesto para impedir la publicación y circulación del libro *Inmunidad diplomática* escrito por Francisco Martorell a que he hecho referencia al comienzo de este capítulo, la Corte de Apelaciones de Santiago hizo prevalecer el derecho a la honra por sobre el

---

<sup>275</sup> Un completo análisis de los principios y reglas en el sistema constitucional chileno, en Ruiz-Tagle, 2006c: 255-275 (273).

<sup>276</sup> Una visión crítica sobre el constitucionalismo chileno, en Ruiz-Tagle, 2001. 179-199.

<sup>277</sup> Cea, 1999: 171-175. En su obra más importante, del año 2004, el profesor CEa señala: “[S]ostenemos que debe buscarse la conciliación entre esos derechos, asumiendo como regla general que la colisión entre ellos es **sólo aparente y**, por lo mismo **resoluble**. Pero si, en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de **jerarquía o graduación**, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos (...) [E]n este sentido, creemos que en la enumeración del artículo 19 no están los derechos al azar, sino que ordenados siguiendo la secuencia jerárquica enunciada” (Cea, 2004: 66).

<sup>278</sup> Si bien no se sigue la idea numerológica, sí se sigue una cierta idea de jerarquía entre los derechos, ver Verdugo, 1994: 197.

<sup>279</sup> El propio Cea cita a modo de ejemplo Corte de Apelaciones, sentencia de 31 de mayo de 1993, considerandos 8 y 9 (Cea, 2004: 67-68); Corte Suprema, sentencia de 15 de junio de 1993, considerando 3 (Cea, 2004: 68).

derecho a la libre expresión, basándose en el orden numérico de los derechos humanos enumerados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>280</sup>.

Este argumento no resiste análisis desde el punto de vista de la forma de resolver conflictos entre principios en una estructura compleja de normas. Los conflictos entre principios no pueden resolverse haciendo prevalecer, en forma general, uno sobre otro, sino que la decisión sobre 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 caso<sup>281</sup>. Dicho proceso debe contemplar la legalidad de la restricción (que esté establecida por ley), que tenga un objetivo legítimo y que la restricción sea necesaria, adecuada para cumplir con el objetivo propuesto y proporcional (“a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado”).

Si se extraen algunos principios de la interpretación compleja del sistema normativo de derechos fundamentales del constitucionalismo comparado y del sistema interamericano de derechos humanos, la resolución del caso *Martorell* pudo hacerse sobre la base del siguiente razonamiento:

a) Los derechos fundamentales consagrados en el sistema normativo constitucional chileno responden a un sistema complejo de normas, donde concurren principios y reglas. Al entrar en conflicto dos principios no puede asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que estos derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona. Por tanto, no es posible resolver de antemano el conflicto que se presenta entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra.

---

<sup>280</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, rol No. 983-93.

<sup>281</sup> Alexy, 2002b: 13-64.

b) En caso de conflicto entre principios, no es posible escoger un principio y desechar el otro, sino que es necesario ponderarlos a la luz del caso concreto. En cada caso es necesario preguntarse ¿cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto? Por tanto, no podrá adoptarse ninguna solución del caso que anule completamente el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales en conflicto.

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.

c) Para realizar el juicio de ponderación es necesario tener en consideración una serie de factores. Por una parte, debiera tenerse presente el alcance particular de los derechos en conflicto, para lo cual debe recurrirse a su desarrollo normativo en el ámbito internacional. Así, hay ciertos derechos que no sólo tienen un contenido individual, sino que social, mientras otros tienen una vinculación directa con el sistema democrático. Esto plantea la cuestión de que la restricción de ciertos derechos debiera ser muy estricta cuando estos derechos tengan un objetivo de protección colectivo y no puramente individual. Este es un punto vital en la resolución del *caso Martorell* ya que está en conflicto uno de los derechos que tiene un mayor nexo con el sistema democrático de gobierno (la libertad de expresión) y, por tanto, su restricción debiera ser la menor posible y en ningún caso puede ser la anulación del derecho (como ocurre con la censura previa).

d) En cuanto a las medidas de restricción de los derechos en conflicto, estas deben ser las menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente. Por tanto, la medida de restricción que se adopte, por ejemplo, responsabilidades ulteriores, no puede hacer ilusorio el ejercicio del derecho. La amenaza de sanción penal es precisamente una medida que debe utilizarse restrictivamente si quiere lograrse un ejercicio del derecho a libertad de expresión, sin verse expuesto a una sanción de privación de libertad que inhiba el libre ejercicio del derecho a expresarse.

A la luz de estos criterios, la resolución del caso *Martorell* dada por la justicia chilena no solo es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que establece la prohibición de la censura previa tal como hemos visto), sino que además es incompatible con los estándares desarrollados en el constitucionalismo comparado. Descartando la censura previa como medida a adoptar, los tribunales debieron ponderar en el caso concreto los derechos en conflicto. La resolución debió considerar que estando en juego el derecho a la libertad de expresión, si se había afectado el derecho al honor, era posible una medida de responsabilidad ulterior y esta debía ser una medida necesaria, adecuada y proporcional. Con ello se permite dar eficacia a los dos derechos en conflicto (libertad de expresión y honor) y se respetan plenamente las obligaciones internacionales del Estado.

En síntesis, es claro que la jurisprudencia constitucional latinoamericana analizada sobre la estructura de los estándares normativos y la forma de resolver conflictos entre principios, es perfectamente aplicable en Chile, sobre la base del actual texto constitucional. Por tanto, es posible resolver casos de conflictos entre derechos fundamentales expresados como principios y dar contenido concreto a los principios constitucionales en forma armónica con las obligaciones internacionales del Estado chileno y dando plena eficacia a los derechos en el ámbito interno.

---

**CAPITULO IV. ESTANDAR NORMATIVO: EL CONTENIDO DE  
LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO**

---



Comenzaré este capítulo describiendo los hechos centrales de tres casos resueltos por los tribunales superiores de justicia de Chile, en que se plantean diferentes visiones acerca del contenido de las obligaciones que emanan de los estándares normativos sobre derechos subjetivos recepcionados constitucionalmente, lo que lleva a fallos contradictorios entre sí. En algunos de estos casos es evidente que la resolución adoptada por los tribunales nacionales entra en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por tanto, genera responsabilidad internacional para el Estado chileno y arriesga una condena internacional.

El objetivo de este capítulo es probar que la tendencia de la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha sido interpretar el contenido de las obligaciones que emanan de los estándares normativos sobre derechos subjetivos como un contenido complejo, que comprende tanto obligaciones positivas como negativas en todos los derechos fundamentales y que en caso de derechos con fuerte contenido prestacional establece obligaciones particulares para Estado. Además, se busca probar que esta concepción es compatible con las obligaciones internacionales del Estado y permite dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Finalmente, demostraré que esta concepción es perfectamente aplicable en Chile a la luz del texto constitucional vigente.

Para alcanzar los objetivos planteados, analizaré los criterios desarrollados por los órganos de control internacional, en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, a fin de determinar la compatibilidad de las soluciones nacionales con las obligaciones internacionales de los Estados. Enseguida, analizaré la forma en que se ha resuelto la cuestión del contenido prestacional de los derechos fundamentales, tanto en el constitucionalismo europeo como latinoamericano; pondré especial atención en la relación entre el contenido prestacional de los derechos fundamentales y las políticas públicas. Este análisis me permitirá configurar la concepción sobre el contenido de los derechos fundamentales desarrollada por la justicia constitucional latinoamericana. A continuación, desarrollaré los argumentos que permiten sostener que esta concepción de derechos fundamentales permite cumplir con las obligaciones internacionales del

Estado y da eficacia a estos derechos en el ámbito interno. Finalmente, entregaré los argumentos para demostrar que esta concepción es aplicable en Chile sobre la base del actual texto constitucional y desarrollaré el razonamiento que debieron seguir los tribunales nacionales sobre la base de dicha concepción para resolver los casos planteados.

## **I. CASOS VIH/SIDA**

A continuación describiré los hechos esenciales de tres decisiones que han adoptado los tribunales superiores de Chile en casos relativos a personas afectadas por VIH.

(a) El primer caso dice relación con una persona enferma de VIH/SIDA que recurre, a través de la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución chilena, debido a que la institución de salud donde se atendía regularmente dejó de proporcionarle medicamentos y atención médica que le habían sido prescritas por un médico. La institución argumentó que esta decisión obedecía a un problema con el servicio de seguridad social que cubría las prestaciones del paciente, ya que este no era un afiliado del servicio de salud pública (del cual dependía la institución que estaba realizando las prestaciones), sino que era un afiliado de un servicio de salud privado (correspondiente a las fuerzas armadas de donde era jubilado el recurrente).

En la sentencia de primera instancia, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló que tendría en consideración, para resolver el caso, que la enfermedad padecida por el recurrente era de carácter grave, por lo que el término de dicha atención acarrearía la muerte del peticionario. En atención a estas consideraciones resolvió que, sin perjuicio que la persona fuera beneficiaria de un servicio de seguridad social público especial (pero que carecía de un programa para atender a personas con VIH), el Estado estaba obligado “a cumplir con garantizar y proteger efectiva y realmente el derecho a la vida” y, por tanto, debía acoger el recurso interpuesto calificando el acto estatal como arbitrario e ilegal.

Conociendo de una apelación a este recurso, la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones, dando como argumento central el hecho que conforme al principio de subsidiaridad el Estado

“debe 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, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, entre los cuales se encuentra el asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, bien que se ha conculcad con la decisión adoptada en la resolución administrativa de que se trata (considerando 6°).

Respecto de la discusión de si la persona era o no beneficiaria del servicio público de salud, la Corte Suprema señaló que esta no era una cuestión que debía afectar al beneficiario. Se trataría de un tema relativo a los costos del tratamiento, que deben resolver los entes previsionales. Por tanto, argumentar dicha circunstancia para no suministrar el tratamiento adecuado, es arbitrario y “violatorio” del derecho constitucional a la vida.

(b) El segundo caso corresponde a un grupo de causas que fueron vistas en conjunto por la Corte Suprema, quien cambia el razonamiento desarrollado en el caso antes reseñado. El caso trata de un grupo de personas infectadas por el VIH a las que los servicios de salud estatales señalaron no estar en condiciones de entregar en forma gratuita el tratamiento indispensable para sobrevivir. Los recurrentes fundaron su alegato en la obligación que tiene el Estado -según la normativa nacional vigente a la época- de tratar enfermedades sexuales.

La Corte de Apelaciones analizó dos cuestiones: el real riesgo del derecho a la vida y la omisión del Estado en el cumplimiento de su obligación. Sobre el primer punto, la Corte de Apelaciones señaló que, según los antecedentes médicos aportados al proceso, de no obtener el tratamiento adecuado estas personas fallecerían. Sobre la obligación del Estado señaló que, de acuerdo con la Constitución, el Estado está al

servicio de la persona humana y tiene por finalidad promover el bien común (art. 4 de la Constitución Política). Además, el derecho a la vida se encuentra consagrado en la Constitución (art. 19.1) y en diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile. Luego, frente al argumento del Estado de que no habría recursos suficientes para enfrentar todos los casos de enfermos de VIH/SIDA, la Corte señaló que este argumento no puede ser aceptado, por cuanto el derecho a la vida “es un derecho de carácter absoluto y al margen de toda negociación patrimonial” (considerando 13). Además, la Corte de Apelaciones sostuvo que un sistema de salud basado en el principio de atención por “orden de prioridad” no es aceptable constitucionalmente, en tanto constituiría un sistema discriminatorio. Concluye que “el no proporcionar a los recurrentes los medicamentos indispensables para existir estando obligado a hacerlo de conformidad a lo dispuesto en (...) constituye una omisión contraria a la Carta Fundamental que atenta contra derechos fundamentales del recurrente” (considerando 15).

Conociendo de un recurso de apelación en contra de esta sentencia, la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones. Estableció que en este caso debía tenerse en cuenta los costos del tratamiento involucrados y los fondos necesarios para acceder a la petición de los recurrentes. Además, estableció que no hubo una acción ilegal ni arbitraria de la autoridad, toda vez que es a ésta a quien le corresponde fijar las condiciones y prioridades para las prestaciones de salud. Señala la Corte Suprema, que un sistema de atenciones en “orden de prioridad” es el adecuado para este tipo de situaciones. Finalmente, señaló que la protección del derecho a la salud no se encuentra contemplada dentro de los derechos que pueden ser objeto de protección constitucional. En definitiva, la resolución de la Corte se centra en la legalidad del acto administrativo y en la no arbitrariedad del sistema de atención preferente ya que, a juicio del máximo tribunal, este sistema es idóneo para atender enfermedades de transmisión sexual “con los recursos físicos y humanos” de que dispone el servicio público de salud. No hay ningún análisis sobre el derecho a la vida.

(c) Un tercer fallo interesante en esta materia es el dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la Corte Suprema. En este caso también se

planteaba la necesidad de obtener la entrega de medicamentos para el tratamiento del VIH. En la resolución del caso los tribunales superiores de justicia estuvieron contestes en rechazar el recurso. Sostienen como argumento que el derecho a la vida consagrado en la Constitución sólo protege a la persona en caso de “conductas que pongan en peligro la vida humana”. Esto no ocurriría en la especie, ya que “lamentablemente” la amenaza a la vida en estos casos proviene de la enfermedad de que padecen estas personas y no de un acto de la autoridad sanitaria (considerando 14 °). Finalmente, señala la Corte que, en atención al evidente alto costo que tendría para el Estado hacerse cargo plenamente de estas cuestiones, era de cargo de los recurrentes acreditar que la política estatal no era la adecuada.

De estos fallos surgen dos cuestiones centrales. Por un lado, el alcance de las obligaciones en materia de derechos fundamentales y, por otro, el vínculo entre las políticas públicas y el contenido prestacional de los derechos fundamentales como posible objeto de control constitucional<sup>282</sup>.

Estos dos temas son buenos indicadores del debate de fondo que hay en la jurisprudencia constitucional chilena sobre el contenido de las obligaciones como elemento configurante del concepto de derechos fundamentales. La configuración de la concepción de derechos fundamentales en buena medida dependerá de la interpretación sobre el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales.

A continuación analizaré la forma en que se ha resuelto este tema por los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos a fin de determinar la compatibilidad de las soluciones nacionales con las obligaciones internacionales de los Estados.

---

<sup>282</sup> En este sentido se pronuncia el profesor Gómez, en su estudio sobre derechos fundamentales y recurso de protección en Chile, Gómez, 2005: 292-293.

## II. EL CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO

Tal como señalamos al comienzo de este capítulo, a fin de determinar cuál interpretación sobre el contenido normativo de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales es la que permite resolver los casos nacionales acorde con las obligaciones internacionales del Estado, es necesario determinar el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

La cuestión del contenido de las obligaciones del Estado ha sido desarrollada ampliamente por el derecho internacional de los derechos humanos. Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir sus compromisos de buena fe. Esta obligación tiene características particulares en el ámbito de los derechos humanos, toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo<sup>283</sup>.

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se expresa en dos obligaciones principales. Estas son el respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en que se consagre, sin discriminación<sup>284</sup>.

(a) La obligación de **RESPECTO** consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una

---

<sup>283</sup> Completos estudios en este campo se pueden encontrar en Nowak, 2003: 23-30; Abramovich y Courtis, 2004: 19-47.

<sup>284</sup> En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino en las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas<sup>285</sup>. Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo implique la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho<sup>286</sup>. En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y, en ningún caso, se podrán adoptar medidas de carácter regresivo<sup>287</sup>.

De este modo, el respecto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional sea justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo, sino que deba haber un desarrollo progresivo<sup>288</sup>. Pero que el proceso sea

---

<sup>285</sup> En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

<sup>286</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "*to take steps*", en francés es "*s'engage à agir*" ("actuar") y en español es "adoptar medidas". Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)", 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

<sup>287</sup> Ver en este sentido Abramovich y Courtis, 2004.

<sup>288</sup> En esta lógica se puede entender la referencia de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales al cumplimiento de los compromisos "hasta el máximo de los recursos de que

progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad<sup>289</sup>. Por una parte, se contempla la prohibición de tomar **medidas que perjudiquen** los derechos que han ido siendo concedidos a la población. Por otra parte, la progresividad también comprende la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto. En efecto, lo que está en juego en estos casos es, precisamente, un derecho subjetivo, por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto test mínimo de razonabilidad<sup>290</sup>:

---

disponga". Es decir, esta es una forma de cumplimiento, no una excepción que permita incumplir con la obligación prestacional.

<sup>289</sup> "La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 9.

<sup>290</sup> "Sin embargo, cualquiera que sea la metodología preferida, varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 *infra*). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos", Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto*, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 7.

También son relevantes las consideraciones del Comité sobre los recursos para su exigibilidad, en tanto estos pueden ser judiciales, pero no son los únicos efectivos, sino que también pueden haber otros que cumplan con los fines propios de las normas de contenido prestacional, ver Comité de Derechos

- ¿Qué medidas está tomando el Estado para cumplir con la obligación adquirida internacionalmente?
- ¿Las medidas adoptadas son las adecuadas para la obtención del fin perseguido?
- ¿Se han establecido etapas en un plan estatal para alcanzar el fin buscado?
- ¿Cuál es el mecanismo de control de las metas planteadas? ¿se han diseñado e implementado mecanismos políticos y/o judiciales de control?

De esta forma, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional<sup>291</sup>.

(b) La obligación de **GARANTIA**<sup>292</sup>, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera sea su contenido normativo. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derechos, sino que una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana<sup>293</sup>.

---

Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto*, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7, párrs. 9 y 10.

<sup>291</sup> Sobre la relación del control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver Abramovich, 2006: 35-49.

<sup>292</sup> Medina y Nash, 2003.

<sup>293</sup> Al respecto, la Corte ha señalado: “Esta obligación implica 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” Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 28 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166.

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: i) la obligación del Estado de **asegurar** el pleno goce y ejercicio de los derechos; ii) el deber de **proteger** a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; iii) adoptar medidas de **prevención general** frente a casos de violaciones graves de derechos; iv) **reparar** a las víctimas; y v) **cooperar** con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

A continuación, me referiré a cada una de ellas.

(i) Las medidas generales para **asegurar** el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las **medidas generales** están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno. Consisten, entre otras, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional; dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio; y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía.

Me interesa desarrollar con mayor detalle la argumentación que da la Corte Interamericana para justificar la adopción de **medidas especiales** destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. La Corte, analizando los alcances del derecho a la vida y las obligaciones positivas del Estado, ha definido ciertos estándares que podrían ser aplicables a las obligaciones con contenido prestacional.

El razonamiento es el siguiente: el Estado debe adoptar “todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida” conforme lo dispuesto en los arts. 4.1 y 1.1 de la CADH. Estas medidas apropiadas implican

“crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”.<sup>294</sup>

La Corte Interamericana establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección...”<sup>295</sup>. A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”<sup>296</sup>.

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia es interesante por cuanto señala que, frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en la

---

<sup>294</sup> Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 153.

<sup>295</sup> Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

<sup>296</sup> *Ibidem*, párr. 154.

obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.

En todo caso, a juicio de la Corte, existen límites para que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de esta obligación de garantía:

“[E]s claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

“[P]ara que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”<sup>297</sup>.

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular, puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

---

<sup>297</sup> Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, op. cit., párr. 155.

(ii) El Estado tiene la obligación de **amparar** a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados<sup>298</sup>. En este sentido el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple solo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

Un caso particular en que el Estado adquiere esta obligación de protección es el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derechos a la vida e integridad personal puedan verse afectados<sup>299</sup>.

(iii) En el ámbito de la **reacción frente a violaciones** el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad.

---

<sup>298</sup> Si bien hay autores, por ejemplo Nowak, 2003: 23-30 y Abramovich y Courtis, 2004: 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva), que autonomizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza, no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

<sup>299</sup> El Comité de Derechos Humanos (en adelante “el Comité”) ha señalado al efecto: “los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias” CDH, *Observación general No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, del 26 de mayo de 2004, párr. 11.

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino también desde una mirada teórica. Cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía, implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos<sup>300</sup>.

(iv) Como medida final, en todo caso de violación de derechos humanos el Estado deberá **reparar** a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>301</sup>.

(v) **Obligación de cooperar.** En el caso de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”), la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo<sup>302</sup>. En el Pacto, la obligación de cooperar establecida en el artículo 40 implica, además, la presentación de informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos.

---

<sup>300</sup> El Comité de Derechos Humanos que ha dicho: “18. Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzosas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)”, CDH, *Ibidem*, párr. 18.

<sup>301</sup> Sobre el tema de las reparaciones ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial, cuyo análisis escapa los objetivos de esta investigación. Para un estudio detallado, ver Nash, 2004: 7-55 y Nash, 2008.

<sup>302</sup> CDH, *Caso Massera et. al v. Uruguay*, Comunicación 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979, párr. 9 letras d) y e). Publicado en *Selección de Decisiones Adoptadas con Arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Naciones Unidas, 1988, p. 43.

(c) Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de **NO DISCRIMINAR** a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*<sup>303</sup>.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha definido la discriminación como

“toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia** que se **basen** en determinados **motivos**, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por **objeto** o por **resultado** anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>304</sup>.

La acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un **elemento comparativo**, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma **directa e inmediata** sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma **indirecta** lo permitan, o bien, por medio de la **omisión** de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, **el Estado deberá prohibir y sancionar todas**

---

303 Corte IDH. OC-18/03.

304 CDH, *Comentario General Nº 18* (1989), párr. 7, (destacado mío).

**las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alientes, etc.**

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

"...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son **razonables** y **objetivos** y lo que se persigue es lograr un **propósito** legítimo en virtud del Pacto"<sup>305</sup>.

Finalmente, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente<sup>306</sup>.

\* \*  
\*

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente. Es necesario tener presente que estas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales.

### **III. ESTANDAR NORMATIVO DE CONTENIDO COMPLEJO: OBLIGACIONES PRESTACIONALES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA**

---

<sup>305</sup> CDH, *Comentario General N° 18* (1989), párr. 13, (destacado mío).

<sup>306</sup> A modo de ejemplo, ver art. 24 de la CADH y art. 26 del PIDCP. Un estudio sobre esta materia en Palacios, 2006: 25-43.

Tal como se desprende de los casos reseñados *supra*, la primera cuestión relevante para resolver el contenido de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, es determinar el alcance de las obligaciones positivas, sea como parte central del mandato normativo (obligaciones prestacionales), o bien como elemento complementario (obligaciones de abstención). En este punto es necesario tener presente que las obligaciones positivas pueden provenir de dos fuentes: aquellos derechos con un contenido prestacional directo implicarán medidas positivas de cumplimiento del mandato normativo y, en el caso de los derechos de abstención, las obligaciones positivas que surgen para asegurar su pleno goce y ejercicio. A efectos del análisis que formularé me referiré indistintamente a estas obligaciones como “obligaciones prestacionales”, sin perjuicio de tener presente que esta distinción puede ser relevante para fines distintos de los que aquí persigo.

Para entender los alcances que tiene el debate sobre el contenido de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos fundamentales es necesario tener en consideración la posición tradicional liberal del constitucionalismo. Según esta postura, los derechos fundamentales implican una obligación de abstención por parte del Estado, es decir, los derechos constituyen un límite a la actividad estatal<sup>307</sup>. No obstante, en el constitucionalismo comparado se ha desarrollado una visión fuerte de los derechos, por lo que surge la idea que el Estado no sólo debe abstenerse de afectar ciertos derechos de las personas, sino que también debe realizar ciertas prestaciones<sup>308</sup>. Esto ha dado origen al desarrollo de las obligaciones positivas, las que se darían en todo derecho, independientemente de su mandato normativo

---

<sup>307</sup> Según Loewenstein, “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”, Loewenstein, 1982: 153.

<sup>308</sup> “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”, Duguit, 1975: 25.

principal. Por medio de estas obligaciones el Estado adquiere el deber de desarrollar acciones para dar cumplimiento efectivo a todos los derechos fundamentales<sup>309</sup>.

A continuación estudiaré la forma en que se ha resuelto esta materia en la justicia constitucional alemana y española, para luego dar paso al análisis del desarrollo jurisprudencia en Colombia, Costa Rica, Argentina y Perú en estas materias. Este análisis permitirá ver los alcances que se ha dado a las obligaciones del Estado y la mayor profundidad del contenido prestacional en la jurisprudencia constitucional latinoamericana analizada respecto de su referente europeo.

## **1. ALEMANIA**

Tal como hemos señalado en el capítulo II de este estudio, el texto constitucional alemán no consagra derechos prestacionales. Por tanto, la discusión está centrada en los aspectos positivos de los derechos de libertad o derechos negativos consagrados en la constitución de 1949. Sin embargo, tal como señala ALEXY, este es “solo un lado de la cuestión”<sup>310</sup>, toda vez que hay una serie de elementos en el propio texto que permiten una interpretación que consagre la existencia de derechos prestacionales en dicho texto constitucional. En este sentido, un lugar central de este razonamiento lo constituye la obligación general consagrada en el art. 1 párrafo 1 frase 2.2 del texto constitucional, en orden a que todo poder público debe “proteger” la dignidad del ser humano y, por otra parte, la cláusula del “Estado social” (art. 20 párrafo 1 y 28 párrafo 1 frase 1).

En el debate doctrinal se han desarrollado diferentes justificaciones de estas obligaciones prestacionales. La principal argumentación vincula estas obligaciones

---

<sup>309</sup> Tal como he señalado en la introducción -y aquí me parece necesario reiterarlo-, en este trabajo de investigación el centro del análisis está en el campo de la jurisprudencia constitucional. Por este motivo no entraré en el extenso debate doctrinario sobre los derechos prestacionales. Para quien se interese en esta discusión hay mucho para leer, un excelente resumen de los alcances del debate en Bernal, 2005: 285-330 (incluye una buena bibliografía); para un debate desde la perspectiva de la filosofía del derecho, ver Atria, 2004; Gargarella, 2004. Para un debate sobre el tema desde la perspectiva de los derechos humanos, ver Abramovich y Courtis, 2002: 19-47; Courtis, 2003: 197-230; Courtis, 2006: 3-52.

<sup>310</sup> Alexy, 2002: 421.

con los derechos de libertad. En efecto, de acuerdo con HESSE, la obligación positiva del Estado es consecuencia de una visión amplia de la libertad, que no sólo implica la no intervención del Estado en las esferas individuales, sino también la creación de condiciones para que en la práctica se dé una libertad real<sup>311</sup>. La discusión más compleja se ha desarrollado en torno al contenido y alcance de los derechos sociales fundamentales. A juicio del propio HESSE, estos derechos tienen una estructura distinta a los derechos clásicos de libertad e igualdad y exigen regular el actuar del legislador y de toda la administración, además de poder afectar a otros derechos<sup>312</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán se ha pronunciado sobre materias que han impactado directamente el tema de las obligaciones positivas. La primera fue el tema de la asistencia social. En esta materia destacan dos sentencias relativas al derecho a un mínimo vital. En la primera, el Tribunal Constitucional interpretó el texto constitucional señalando que la “realización del Estado social” implica la obligación del legislador de tomar medidas a objeto de cumplir con este fin en el ámbito de la seguridad social y, al no hacerlo arbitrariamente “podría surgir aquí un derecho del individuo que puede ser reclamado a través de un recurso de inconstitucionalidad”<sup>313</sup>. Más adelante, en una segunda sentencia, el Tribunal profundiza este razonamiento y señala que “la comunidad estatal tiene que asegurarles [a las personas que por dolencias físicas o mentales estén impedidas de desarrollarse personal y socialmente] las condiciones mínimas para una existencia humana digna”<sup>314</sup>.

Hay un segundo grupo de fallos sobre el *numerus clausus*, en los que la discusión se centró en dos derechos: el derecho a participar en las instituciones educativas existentes y el derecho a la creación de nuevas plazas de estudio<sup>315</sup>. En lo referente a los derechos prestacionales -que es nuestro punto de interés- hay dos cuestiones

---

<sup>311</sup> Hesse, 1996: 94-95.

<sup>312</sup> Hesse, 1996: 98.

<sup>313</sup> BverfGE 1, 97 (104 s.), citado en Alexy, 2002: 422.

<sup>314</sup> BverfGE 40, 121 (133), citado en Alexy, 2002: 422.

<sup>315</sup> Alexy, 2002: 423.

interesantes en estos fallos. Por un lado, que el Tribunal Constitucional use como argumento para fundamentar el derecho a participar en las instituciones educativas un derecho de libertad al que le da un contenido positivo, esto es, interpreta un derecho clásicamente considerado como de abstención, en una faz positiva. Señala al efecto, “el derecho de libertad carecería de valor sin el presupuesto real de poder recurrir a él”<sup>316</sup>. Por otra parte, en relación con el derecho a la creación de nuevas plazas de estudio, el fallo de 8.2.1977 establece que “[una] pretensión individual, demandable judicialmente por parte del ciudadano, a la ampliación de las posibilidades de formación”<sup>317</sup> puede ser considerada un derecho *prima facie* que puede convertirse en definitivo bajo ciertas condiciones. Lo relevante, según destaca el propio ALEXY, es que al considerar este como un derecho *prima facie*, el Tribunal “ha abierto ejemplarmente la puerta a la adscripción de derechos prestacionales”<sup>318</sup>.

Finalmente, debe ser destacado el claro pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de que las personas son titulares de un derecho subjetivo a medidas estatales de tipo organizativo

“que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado iusfundamentalmente porque son las que le posibilitan una libre actividad científica. [...] Esta capacidad del titular individual del derecho fundamental en el sentido de poder imponer frente al poder público la norma básica de decisión valorativa pertenece al contenido del derecho fundamental individual cuya efectividad queda así reforzada”<sup>319</sup>.

De esta forma podemos concluir que, sin perjuicio que el texto constitucional alemán establezca derechos de libertad -expresados como derechos negativos-, la

---

<sup>316</sup> BverfGE 33, 303 (337), citado en Alexy, 2002: 424.

<sup>317</sup> BverfGE 43, 291 (315); 33, 303 (333), citado en Alexy, 2002: 425.

<sup>318</sup> Alexy, 2002: 425.

<sup>319</sup> BVerfGE 35, 79 (116), citado en Alexy: 426.

interpretación del Tribunal Constitucional ha sido más amplia y ha determinado que es posible extraer obligaciones positivas, sea en tanto derechos prestacionales (mínimo vital) o como derechos a medidas que permitan el goce de dichos derechos (medidas organizativas).

## 2. ESPAÑA

En el constitucionalismo español también ha estado presente el debate sobre los derechos prestacionales, con la particularidad que el acercamiento a su fundamentación ha sido por medio del derecho de igualdad. Según PRIETO SANCHIS "los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada"<sup>320</sup>. La forma de conectar los derechos prestacionales con la Constitución será mediante los arts. 9.2 y 14 del texto constitucional<sup>321</sup>. Esto es importante ya que da una base constitucional general a estos derechos de naturaleza prestacional.

El mismo PRIETO SANCHIS ha construido una cierta noción de los derechos prestacionales que nos permite analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia:

"Así pues, en lo sucesivo por derechos sociales entenderemos sólo derechos prestacionales en sentido estricto, esto es, aquellos cuyo

---

<sup>320</sup> Prieto, 1995: 17.

<sup>321</sup> Este es el sentido general del art. 9.2 de la Constitución cuando ordena a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas..."; pero, a mi juicio, derechos de igualdad sustancial pueden construirse no sólo a partir del "principio" del art. 9.2, sino en ciertas condiciones también a partir del "derecho" del art. 14, como tendremos ocasión de ver (Prieto, 1995: 17-18).

El artículo 14 dispone: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello. Aunque nada impide que tales prestaciones sean asumidas por particulares, por ejemplo por el empresario que debe proporcionar medios de seguridad e higiene en el trabajo, aquí nos ocuparemos sólo de los derechos que generan obligaciones frente a los poderes públicos, y que además lo hacen o *desde* la Constitución, sin perjuicio de que hayan podido ser o de que sean en el futuro desarrollados por la normativa ordinaria. A su vez, adoptaremos dos perspectivas: la de la igualdad sustancial entendida como una exigencia del genérico principio de igualdad, y la de los concretos derechos prestacionales, tanto en su dimensión de normas objetivas como en su posible carácter de derechos subjetivos”.

A objeto de esta investigación me centraré en este último aspecto, es decir, si la jurisprudencia ha considerado las dos facetas de los derechos prestacionales: la objetiva (en cuanto principio del sistema normativo) y la subjetiva (como derechos subjetivos individuales exigibles frente a los tribunales).

El Tribunal Constitucional Español ha tenido una postura mixta en cuanto a los derechos prestacionales<sup>322</sup>. Por una parte, los ha considerado como parte de los principios que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico, esto es, con una dimensión objetiva. Sin embargo, por otra parte, se ha manifestado reacio a darles un contenido subjetivo, esto es, considerarlos derechos exigibles. En la dimensión objetiva destaca la interpretación de los “principios rectores” que consagra la Constitución española en el Capítulo III que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concordancia con los arts. 1.1 (Estado democrático y social de Derecho) y 9.2 (igualdad sustancial)

---

<sup>322</sup> Aquí nos referimos a aquellos derechos consagrados en el Capítulo III del Título I de la Constitución “principios rectores de la política social y económica”. El tratamiento de la jurisprudencia, por tanto, dice relación con estos principios y no necesariamente con derechos fundamentales con un contenido prestacional. Ver en este sentido, Díez-Picazo: 2005: 66-68.

tiene plena aplicación normativa, permitiendo por esta vía determinar ciertas obligaciones para los órganos del Estado<sup>323</sup>.

El límite ha estado en la visión de los derechos prestacionales en cuanto derechos subjetivos. Aquí ha operado plenamente la visión del Tribunal Constitucional como un “legislador negativo” que no puede inmiscuirse en cuestiones propias del legislador, que son precisamente la base de los derechos con contenido prestacional. Además, el Tribunal Constitucional no ha entendido que el texto constitucional español consagre un derecho a la no regresividad en materias prestacionales<sup>324</sup>.

Un caso que merece especial atención por las consecuencias que pueden extraerse del razonamiento del Tribunal Constitucional español, es la STC 53/1985. Esta sentencia dice relación con un recurso de inconstitucionalidad respecto de una reforma del código penal español que despenalizaba ciertas formas de aborto. En este caso, el Tribunal Constitucional entró en el debate sobre el derecho a la vida y el contenido de los derechos, en particular, los alcances del derecho a la vida. En su sentencia dicho Tribunal recoge la idea de que los derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida, tienen un contenido complejo y, por tanto, las obligaciones que emanan para el Estado no son solo obligaciones de abstención, sino que también implican obligaciones positivas para todos los órganos del Estado<sup>325</sup>. Pero lo más relevante de este fallo es

---

<sup>323</sup> De acuerdo con el Tribunal constitucional, “[...] la determinación de qué deba entenderse, en el contexto del presente caso, por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuella el principio del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1, que informa una serie de disposiciones como el mandato del art. 9.2, que prescribe a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», **según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes.**”, STC 19/1982, considerando 6 (destacado mío).

<sup>324</sup> STC 138/1987.

<sup>325</sup> Dice el Tribunal en considerando 4: “Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al

que vincula estas obligaciones positivas con la función objetiva de los derechos fundamentales<sup>326</sup> y, por tanto, obliga a los poderes del Estado aún cuando estos derechos no sean reclamados en tanto derechos subjetivos. Esta conclusión es muy relevante en materia de derechos prestacionales toda vez que, tal como he señalado en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha sido reacio a reconocer el carácter de derechos subjetivos a estos derechos. Por tanto, sin una interpretación del Tribunal sobre la obligatoriedad de estos derechos para las autoridades podría pensarse que estos derechos son meras declaraciones y no derechos fundamentales propiamente tales. Me parece que este razonamiento del Tribunal Constitucional permite atenuar su visión restrictiva en materia de derechos prestacionales.

### 3. COLOMBIA

Al igual que la jurisprudencia constitucional alemana, la jurisprudencia constitucional colombiana también ha dado pasos en orden a considerar que de los derechos fundamentales –en cuanto mandatos normativos de contenido complejo- surgen obligaciones positivas o prestacionales para los Estados. En Colombia se ha avanzado tanto en la fundamentación de las obligaciones positivas del Estado en materia de derechos fundamentales, como en el desarrollo de una serie de consecuencias en materia de políticas públicas a partir de los derechos fundamentales

---

Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa», STC 53/1985.

<sup>326</sup> Esta función dice relación con los derechos fundamentales en tanto valores que deben guiar todo el actuar de los órganos del Estado. Me referiré en detalle a esta función *infla*, capítulo VI de esta investigación.

con contenido normativo de carácter prestacional, con vistas a dotar de efectividad a su consagración constitucional.

A continuación, analizaré algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en las que se ha tratado el tema y que pueden ser de interés por contener argumentos que permiten una mejor resolución de los casos planteados como base para este estudio. En particular, veré la forma en que se han fundamentado las obligaciones positivas; cuál ha sido el contenido que se ha dado a la idea de progresividad en materia de derechos fundamentales; y, finalmente, revisaré algunas cuestiones relativas a la relación entre derechos fundamentales y políticas públicas.

### **3.1. Las obligaciones positivas y su fundamentación**

Un interesante acercamiento a este tema lo encontramos en una sentencia de 1998 relativa a la situación en las cárceles colombianas. En esta sentencia, la Corte aborda el tema de ciertos derechos que son exigibles del Estado y que van más allá de su tradicional obligación de abstención:

“Ahora bien, esta misma Corporación también ha manifestado que el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos - como ocurriría en el caso de la libertad religiosa -, sino también - y de manera especial - que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc.”<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup> Sentencia T-153/1998, considerando 41.

Más adelante, el año 2005, la Corte vuelve sobre este tema, desarrollando con mayor precisión la fundamentación de las obligaciones positivas. Es interesante la forma de enfrentar esta temática toda vez que la Corte vuelve a una cuestión que hemos analizado *supra*, cual es, la utilización de los principios constitucionales para darle contenido y alcance a los derechos fundamentales. En efecto, la Corte parte de la noción de “Estado Social de Derecho” como base del sistema constitucional colombiano y lo vincula con dos cuestiones que son especialmente relevantes para el tema que nos ocupa: condiciones de vida digna para todas las personas y las desigualdades reales en la sociedad<sup>328</sup>.

Para este tribunal, las obligaciones prestacionales están fundadas en la concreción de los principios de libertad e igualdad real del ser humano<sup>329</sup>. Esto sería lo característico de un Estado social de derecho<sup>330</sup>.

De la sentencia se pueden extraer dos componentes de las obligaciones prestacionales del Estado: (a) la obligación de adoptar e implementar políticas, programas o medidas positivas progresivas en pos de la igualdad real en las condiciones y oportunidades de las personas<sup>331</sup>; y, (b) no adoptar políticas regresivas en materia de derechos económicos y sociales<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> Según la Corte, el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho “le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo”, Sentencia T-772/2003.

<sup>329</sup> “...de este modelo y sus desarrollos, confirman que a menos que las limitaciones y desigualdades reales a las que el hombre está sujeto en su vida cotidiana sean efectivamente contrarrestadas mediante actuaciones positivas y focalizadas por parte de las autoridades, la libertad e igualdad del ser humano no dejarán de ser utopías abstractas”, Sentencia T-025/2004.

<sup>330</sup> Sentencia C-1064/2001.

<sup>331</sup> “Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes, (Corte Constitucional, Sentencia SU-225/1997, donde la Corte ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita para prevenir meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados, con base

### 3.2. Progresividad

Para abordar el tema de la progresividad, la Corte Constitucional comienza recordando que las obligaciones del Estado pueden tener una dimensión positiva y una negativa respecto de un mismo derecho, cualquiera sea su categoría<sup>333</sup>.

Las medidas positivas pueden requerir de cierta gradualidad en su implementación. En dicho caso, hay ciertas condiciones que el Estado deberá satisfacer. En primer lugar, el Estado deberá tener en consideración las necesidades de los sectores más desaventajados de la sociedad, esto es, no podrá ser “indiferente” ante esta realidad<sup>334</sup>. En segundo lugar, en sus políticas públicas, programas y planes, el Estado deberá adoptar medidas que le permitan avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones prestacionales<sup>335</sup>. En tercer lugar, la Corte señala dos consecuencias de este proceso:

---

en la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. Esta jurisprudencia ha sido reiterada entre otras, en las sentencias T-177/1999; T-840/1999; T-772/2003).

<sup>332</sup> “Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”, Sentencia C-671/2002.

<sup>333</sup> “Ahora bien, en un Estado Social de Derecho los deberes de las autoridades anteriormente mencionados no se circunscriben a los derechos llamados de segunda generación. Por el contrario, en determinadas circunstancias el goce efectivo del derecho a la vida en condiciones de dignidad y de otras libertades básicas puede depender de acciones positivas de las autoridades para garantizar la dimensión prestacional de tales derechos y libertades. Tales acciones positivas, cuando están dirigidas a responder a las necesidades de muchas personas, pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.1.

<sup>334</sup> “En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.2.

<sup>335</sup> “En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.2.

la primera es que el Estado, si bien puede comprometer recursos progresivamente, debe hacerlo a través de un proceso de decisión racional “que estructure una política pública susceptible de ser implementada” y, por tanto, debe demostrar seriedad en el compromiso adquirido; y la segunda, si dicho compromiso se ha adquirido a través de leyes, las personas podrán recurrir ante los tribunales a objeto de cumplir con dicha promesa<sup>336</sup>.

Sobre el rol de los jueces en las políticas prestacionales del Estado, la Corte se pronuncia en pos de un rol activo de los jueces. Señala la Corte que:

“Cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será ‘no la de reemplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado’<sup>337</sup>.

Atendidas estas consideraciones la Corte Constitucional determina algunos criterios que deben acompañar la ejecución progresiva de los derechos<sup>338</sup>: transparencia, seriedad y coherencia.

---

<sup>336</sup> “En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio *racional* que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.2.

<sup>337</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 8.2.

<sup>338</sup> “El avance progresivo de los derechos, tal como lo ha señalado esta Corporación, se garantiza mediante procesos de ejecución compleja de los mandatos superiores, que están sujetos a una serie de criterios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por la autoridades tanto al diseñar como al ejecutar la política”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.2.

“La transparencia exige que se hagan públicas las prestaciones que serán garantizadas así como los responsables de cumplir lo jurídicamente establecido. La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que “promete” el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico<sup>339</sup>.

Un elemento importante en esta materia y que la Corte se encarga de recalcar, es el efecto que tienen estas obligaciones en el conjunto del aparato estatal. Cuando las políticas de progresividad dicen relación con el cumplimiento de obligaciones vinculadas con derechos fundamentales, surgen obligaciones para todos los poderes del Estado, incluido el poder judicial. A juicio de la Corte, el hecho que ciertas políticas públicas tengan por objeto el goce de derechos fundamentales, permite al juez de tutela ordenar el respeto de los criterios de racionalidad que deben guiar toda medida tendiente al cumplimiento de obligaciones prestacionales. Este control judicial comprende, asimismo, asegurar la coherencia entre las obligaciones establecidas democráticamente -a través de las leyes- y los recursos destinados a su cumplimiento<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 8.3.1.

Este es un punto que me parece especialmente relevante. La Corte determina que el control judicial es legítimo debido a que las políticas públicas están dirigidas a cumplir con obligaciones en materia de derechos fundamentales. Por tanto, todos los órganos deben cumplir con sus obligaciones y, dentro de estos órganos obligados, está el poder judicial. Además, deriva consecuencias normativas de los criterios que antes ha establecido en materia de progresividad en las políticas públicas. En efecto, si las políticas públicas que implementan obligaciones prestacionales deben ser coherentes, parece legítimo y necesario el control que realice la autoridad judicial y, para cumplir tal objetivo, deberá entrar a determinar dicha coherencia en el caso concreto. Esto puede llevar a controlar la toma de decisiones, su racionalidad y la implementación de las mismas, incluida la presupuestaria. De esta forma, el control judicial de las políticas públicas será parte del esquema de toma de decisiones y de su implementación. Ello no supone suplir al poder legislativo ni sustituir al administrativo, sino por el contrario, implica verificar que la voluntad legislativa se lleve a la práctica y controlar su implementación. Esto puede llevar a la dictación de órdenes tendientes al cumplimiento de las obligaciones por parte de los diferentes órganos del Estado vinculado por este proceso.

Por otra parte, la Corte es consciente que en algunos casos la coherencia entre lo prometido y lo posible es difícil de lograr. También en esta situación habrá que cumplir con ciertos requisitos:

“En algunas circunstancias puede ser imposible lograr, aún en el mediano plazo, esa coherencia. De constatarse que ello es así, es necesario ajustar lo prometido a lo realizable, lo cual podría representar

---

<sup>340</sup> “Ahora bien, cuando las autoridades competentes que conocen las características de un problema social, adoptan instrumentos jurídicos o promueven su expedición por el Congreso de la República, y tales instrumentos jurídicos no articulan una política pública cualquiera, sino que propenden por el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el juez de tutela puede ordenar que se respeten los criterios de racionalidad mínima anteriormente señalados. Ello puede implicar que se asegure la coherencia entre lo jurídicamente ordenado por normas adoptadas por los órganos competentes y los recursos necesarios para cumplir lo ordenado”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.3.1.

la adopción de una medida que reduzca el alcance de la protección previamente establecida. Sin embargo, dicha medida debe cumplir estrictos requisitos, en especial asegurar los mínimos de satisfacción del derecho limitado y no desconocer las áreas prioritarias que tienen mayor impacto sobre la población”<sup>341</sup>.

Aquí surge un elemento importante: los mínimos exigibles. La Corte acepta que en la implementación de políticas públicas destinadas a grupos desaventajados surjan problemas de coherencia entre los objetivos y los medios para conseguirlos. Sin embargo, esta imposibilidad tiene un límite, que está dado por la satisfacción de ciertos mínimos y además, por el establecimiento de ciertas áreas prioritarias de cumplimiento. Asimismo, me parece que esta idea de “mínimos exigibles” permite un buen argumento para que la Corte Constitucional actúe en casos en los que los órganos del Estado encargados de implementar políticas públicas no lo hagan. Los mínimos permitirían una actuación legítima de la Corte en casos de omisión, por la vía de activar la actuación de los órganos en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, sin que por ello se esté atribuyendo competencias ajenas a su mandato constitucional<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 8.3.1.

<sup>342</sup> En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano: “11. Los poderes públicos, en general, tienen un *deber especial de protección* de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas *actuaciones positivas* que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano administrativo tiene lugar aquí no como consecuencia de una acción, sino por la “omisión” de una actuación positiva”, Sentencia 05637-2006-AA.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional de Costa Rica: “En este caso en concreto, es evidente que existe una inercia del Estado no solo por haber retrasado la incorporación de los estudiantes con discapacidad a las aulas regulares (...) sino también por su ineficiencia en el control y seguimiento que se hace respecto de los centros educativos privados en cuanto a su obligación de insertar dentro de sus planes de estudio y organización interna, políticas de no discriminación y de inclusión para personas con discapacidad (...) debe ser un objetivo prioritario del Estado que tiene la obligación de adoptar los mecanismos que sean necesarios para eliminar progresivamente las barreras que limitan a las personas con discapacidad el ejercicio de su derecho a una vida independiente. Ese objetivo es de obligado cumplimiento para el Estado pues implica construir una sociedad para todas las personas, sin distinción alguna y donde puedan desarrollarse desempeñando un papel activo e independiente (...)”.

Si bien la idea de ciertos mínimos de satisfacción requiere de desarrollo por parte de la Corte, permite entender una cuestión vital en materia de derechos fundamentales, cual es que las restricciones de derechos no pueden implicar su total vulneración. En este caso ello se traduce en la necesidad de tomar resguardos para garantizar ciertos mínimos que permitan el goce del derecho, aunque no sea en forma plena.

### 3.3. Evaluación de las Políticas Públicas

Un tercer elemento interesante que surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es el relativo a las políticas públicas. En el entendido que para concretar las obligaciones prestacionales del Estado es necesario desarrollar políticas públicas, la Corte ha establecido ciertos criterios que sirven para su evaluación.

Parte su análisis reconociendo que en esta materia el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad. Sin embargo, este margen no implica la ausencia de control<sup>343</sup>. La Corte entiende que la evaluación de toda política pública en este ámbito debe centrarse en dos momentos: el diseño de la política y su etapa de implementación. Los criterios que debe tener presente el Estado a la hora de **diseñar e implementar** una política pública son:

---

Estableciendo, en consecuencia: “Se declara con lugar el recurso, se ordena a J.J.B. su condición de Director General del Colegio L. o quien ocupe ese cargo, permitir el ingreso de E.C.Q. al proceso de educación de ese Colegio, para quien debe establecer una adecuación curricular conforme a sus condiciones personales. Proceda el señor L.G.R. Ministro de Educación Pública a reglamentar debidamente, en un plazo de hasta cuatro meses, contado a partir de la notificación de esta resolución, las condiciones de ingreso y permanencia de personas con discapacidad en los centro de enseñanzas públicos y privados, de manera que se garantice su acceso a la Educación de conformidad a los parámetros internacionales y nacionales fijados al efecto. Se condena al Estado y al Colegio L. al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que motivan la declaratoria de con lugar de este recurso, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese personalmente a los señores Ministro de Educación Pública y Director del Colegio L.”, Sentencia 14904-2006, considerando VI.

<sup>343</sup> “El goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional -como los derechos sociales- depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. **Un Estado dispone de un margen amplio de decisión al respecto.** Sin embargo, de las obligaciones adquiridas por la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se derivan unos requisitos mínimos plasmados en la Observación General 1 adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional”, Sentencia T-025/2004, numeral 8.3.

“(i) la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población;

(ii) el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados;

(iii) la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales –incluidas las organizaciones no gubernamentales- participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas”<sup>344</sup>.

En su análisis la Corte Constitucional utiliza los estándares del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>345</sup> relativo a los alcances de las obligaciones que asumen los Estados al momento de ratificar el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966. La Corte Constitucional concluye que hay cuatro criterios aplicables a todo derecho prestacional:

“[P]rimero, prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos);

segundo, necesidad de la medida lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o

---

<sup>344</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 8.3.2.

<sup>345</sup> Observación General N° 1 adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional, durante el tercer período de sesiones E/1989/22 (1989).

insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación);

tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y

cuarto, prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población. Pasa la Corte a definir tales mínimos<sup>346</sup>.

Me parece interesante el razonamiento de la Corte Constitucional, ya que permite establecer un claro vínculo entre el diseño/implementación de las políticas públicas relativas a derechos prestacionales y la posibilidad de controlar cada una de estas etapas a partir de las obligaciones constitucionales, legitimando la actividad del control constitucional dentro del diseño institucional.

En definitiva, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es claro que para el Tribunal el contenido de los estándares normativos sobre derechos fundamentales comprende elementos prestacionales. Esta interpretación tiene consecuencias en la implementación del contenido normativo de los derechos, determinando que las políticas públicas pueden ser materia de control constitucional y que en dicho proceso los tribunales con jurisdicción constitucional tienen un importante rol que cumplir.

---

<sup>346</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 8.

#### 4. COSTA RICA

En el caso de la jurisprudencia de la Sala constitucional de Costa Rica me interesa destacar una sentencia dictada sobre el tema del derecho de las personas con VIH a un tratamiento financiado por el Estado. La sentencia N° 6096-97 relativa a esta materia, contiene dos elementos interesantes: la fundamentación del fallo en torno al derecho a la vida y salud y, por otro lado, las consecuencias que tiene para el Estado una prestación que implica el involucrar recursos.

La Sala Constitucional parte recordando una sentencia dictada en 1994, donde se estableció por la misma Corte la relevancia del derecho a la vida en el sistema constitucional costarricense y su vínculo con el derecho a la salud<sup>347</sup>. Además, la Corte recalca la consagración de este derecho en diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos<sup>348</sup>.

En segundo lugar, la Corte se hace cargo de determinar las obligaciones del Estado en materia de seguridad social. Al respecto, cabe destacar la visión crítica de este Tribunal acerca de las medidas adoptadas en el país para limitar la capacidad financiera de la institución dedicada a la protección social<sup>349</sup>. El fallo se hace cargo de un argumento clave en virtud del cual el incumplimiento de las obligaciones del Estado

---

<sup>347</sup> “En nuestro caso particular, la Constitución Política en su artículo 21 establece que la vida humana es inviolable y a partir de ahí se ha derivado el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella” (N° 5130-94 de las 17:33 hrs del 7 de setiembre de 1994).

<sup>348</sup> “[...] la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país. Entre ellos, citamos los artículos 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, considerando I.

<sup>349</sup> “El régimen de seguridad social es también, y a no dudarlo, un pilar fundamental del sistema democrático nacional, para el cual existe también una previsión normativa de la más alta jerarquía. Es justamente por ello que la Sala no puede dejar de ver con preocupación como, en el tiempo, se vienen suscitando diversas acciones que –tomadas una a una, y, con mucha más razón, vistas en su conjunto– vienen minando la capacidad de la Caja Costarricense de Seguro Social de asegurar el cumplimiento de su elevada misión, tema que se menciona aquí precisamente porque es relevante a los efectos de lo que aquí se resuelve”, considerando II.

se debe a su incapacidad financiera, la que le impediría hacerse responsable de las prestaciones de salud a las que está obligado<sup>350</sup>. A objeto de responder a esta cuestión, la Sala Constitucional se remite a la precitada sentencia de 5130-1994 que, al efecto, señalaba: "...si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles".

La Corte concluye reconociendo y afirmando que "la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de VIH/SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que ésta le encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social". Frente al argumento que una decisión de este tipo traería una crisis de la institución de seguridad social, la Corte señala que "espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de VIH/SIDA y la sociedad costarricense en general..."<sup>351</sup>.

Algunas cuestiones interesantes de destacar de este fallo son: (a) el vínculo directo que hace la Corte entre el derecho a la vida y el derecho a la salud; (b) en virtud de este vínculo, entiende que la protección a la salud es parte de la obligación que tiene el Estado de proteger el derecho a la vida; (c) si bien no lo dice expresamente, es claro que la Corte entiende que la protección del derecho a la vida comprende la adopción de medidas positivas que, en este caso, se traducen en la prestación del tratamiento médico necesario para enfrentar el VIH/SIDA con cargo a la institución de seguridad social del Estado; (d) con su crítica a las medidas tomadas por el Estado que afectan la capacidad financiera, la Corte está haciendo un claro planteamiento en pro de la no

---

<sup>350</sup> "Cabe preguntar, puesto que ha sido planteado en el *sub examine*, si la mayor o menor capacidad financiera del Estado (concretamente, de la CCSS) puede ser argüida valederamente como un óbice que justifique que se desatienda, o se atienda insuficientemente, la cumplida observancia de aquello que constituye la razón misma de ser de la entidad", considerando III.

<sup>351</sup> Considerando V.

regresividad de los mecanismos que buscan garantizar los derechos prestacionales; (e) es interesante el hecho que la Corte no cede ante el argumento sobre la imposibilidad financiera de satisfacer el derecho a la vida y por medio de una ponderación de los principios en conflicto, decide priorizar el derecho a la vida; (f) finalmente, frente al riesgo de afectar a la institución de seguridad social, la Sala es clara en que es función del Estado decidir qué medidas adopta para adecuar su funcionamiento, de forma tal que pueda continuar con el servicio de seguridad social y a la vez sea capaz de dar respuesta a los requirentes.

## **5. PERÚ Y ARGENTINA**

En el caso del Perú el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia en la causa 2016-2004-AA/TC. En este caso se interpuso una acción de amparo contra el Estado peruano solicitando que se otorgue tutela a los derechos constitucionales a la vida y a la protección integral a la salud de una persona con VIH/SIDA. Se solicitaba que el Estado proveyera de medicamentos al demandante y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

El Tribunal parte su análisis resolviendo su competencia material. La acción de amparo en el Perú no protege derechos económicos, como el derecho a la salud, por tanto en principio el tribunal no podía conocer de este caso. Sin embargo, el Tribunal señala -siguiendo expresamente a la Corte Constitucional colombiana en esta materia- que si bien está comprometido directamente el derecho a la salud, en el fondo lo que está en juego es la vida de la persona que padece de la enfermedad y por lo tanto, es competente para conocer de la acción de amparo por esta vía indirecta<sup>352</sup>. El Tribunal analiza, en primer lugar, la naturaleza de los derechos económicos, sociales y

---

<sup>352</sup> “Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales formalmente establecidos en el artículo 2° de la Constitución, y más bien se le reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Carta, este Colegiado, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho acentúa su carácter fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N.º T- 499, Corte Constitucional de Colombia)”, Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 5.

culturales y los vincula con el principio de un “Estado social y democrático de Derecho” que inspira a la Constitución peruana. Señala el Tribunal que “el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto” y que estas “exigencias” implican “[el] derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución”<sup>353</sup>. A continuación aclara la exigibilidad de estos derechos en los siguientes términos “[N]o se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos”<sup>354</sup>. Concluye su análisis señalando “[E]ntonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución.”

El segundo paso que da el Tribunal Constitucional es establecer el vínculo entre el derecho a la salud alegado y el derecho a la vida. Señala que a la luz de la noción de un “Estado social y democrático de Derecho” el derecho a la vida “no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”<sup>355</sup>. Señala más adelante “[L]a salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida”<sup>356</sup>. Garantizar el derecho a la salud implica una obligación positiva del Estado

---

<sup>353</sup> Ambas citas corresponden al fundamento 9 de la sentencia analizada.

<sup>354</sup> Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 10 (cursiva en el original).

<sup>355</sup> Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 25.

<sup>356</sup> Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 27.

tendiente a “una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido”<sup>357</sup>.

Habiendo establecido la obligación prestacional del Estado el Tribunal debe resolver la cuestión que plantea la disposición Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, cuyo tenor es: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. Para resolver esta cuestión el Tribunal recurre a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y señala:

“La Undécima Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”<sup>358</sup>.

Este razonamiento le permite concluir que

“Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha

---

<sup>357</sup> Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 27.

<sup>358</sup> Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 36.

subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.

“Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas al Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de iniciativas legislativas o de ejecución de políticas, como se ha podido observar en el caso de autos, en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA”<sup>359</sup>.

A partir de esta conclusión, el Tribunal declara fundado el amparo y ordena una serie de acciones concretas que deberán realizar las autoridades de salud en beneficio del demandante y otros enfermos en su misma situación<sup>360</sup>.

Otro caso que es interesante estudiar es uno argentino donde la Suprema Corte de la Nación hizo un vínculo directo entre el derecho a la vida, el derecho a la salud y la obligación prestacional por parte del Estado. Este caso también trataba sobre la petición de medicamentos y tratamiento por parte de personas afectadas por el VIH/SIDA.

Para resolver el caso la Corte, en primer lugar, vincula el derecho a la salud con el derecho a la vida en los siguientes términos:

“Que esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a “proteger la salud pública” (Fallos:31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es “el primer

---

<sup>359</sup> Sentencia 2016-2004-AA/TC, fundamento 38.

<sup>360</sup> El tribunal resuelve: “Ordenar que se considere al recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante Cayetano Heredia y bajo su responsabilidad”; “Exhortar a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N.° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA” y “Ordenar que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento del recurrente”, Sentencia 2016-2004-AA/TC.

derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.” (Fallos:302:1284; 310:112). Así entendió que en el Preámbulo de la Constitución Nacional “ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible la preservación de la salud” (Fallos:278:313, considerando 15)”<sup>361</sup>.

Luego señala que el derecho a la salud, luego de la reforma constitucional de 1994 que elevó la jerarquía de ciertos tratados de derechos humanos a rango constitucional, el derecho a la salud es un derecho fundamental garantizado por la Constitución<sup>362</sup>. A continuación analiza las cuestiones de competencia que presentaba el caso, esto es, a qué repartición pública le correspondía asumir los costos<sup>363</sup>. Para concluir la Suprema Corte:

“Que de ello es dable concluir razonablemente que para que el tratamiento sea adecuado debe suministrarse en forma continua y regular, máxime si se tiene en cuenta los riesgos que comporta la interrupción del suministro de medicamentos para la salud de los enfermos que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA”<sup>364</sup>.

Y por tanto,

“Que, en tales condiciones, resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta

---

<sup>361</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, junio 1° de 2000, “Asociación Benghalensis y Otros c./ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s./ Amparo”, considerando 9°.

<sup>362</sup> *Ibidem*, considerando 10°.

<sup>363</sup> Aquí la cuestión era que la ley respectiva (23.798) es genérica en cuanto al destinatario de la obligación, ya que habla del Estado Nación y por tanto, esta es una cuestión relevante en el caso de un Estado federal como el argentino (ver, *Ibidem*, considerandos 12°, 13°, 16°, 17° y 18°, principalmente).

<sup>364</sup> *Ibidem*, considerando 14°.

omisiva, consistente precisamente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua- a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país”<sup>365</sup>.

Al igual que en el fallo analizado de Costa Rica y Perú, es interesante destacar el vínculo que hace la Corte Suprema argentina entre los derechos involucrados (salud y vida), las obligaciones positivas que emanan de los derechos involucrados y la irrelevancia de quién asumen los costos en este tipo de cuestiones, cuando es el Estado el destinatario de una obligación prestacional.

\* \*  
\*

En síntesis, de la jurisprudencia constitucional analizada surge con claridad una tendencia a considerar la estructura de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales de cómo una estructura compleja. Es una estructura compleja ya que considera que en cada derecho concurren obligaciones positivas y negativas para el Estado. Además, en aquellos derechos con un fuerte contenido prestacional se consagran obligaciones positivas para el Estado, en particular, vinculadas con las políticas públicas necesarias para satisfacer dichos derechos prestacionales.

#### **IV. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y CON LA EFICIENCIA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

##### **1. COMPATIBILIDAD CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO**

---

<sup>365</sup> *Ibidem*, considerando 15°.

Tal como hemos visto, la interpretación del contenido complejo de los estándares normativos sobre derechos fundamentales, que comprende tanto obligaciones positivas como negativas, permite cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. La interpretación que han hecho los órganos internacionales, tanto del sistema interamericano como de Naciones Unidas apuntan hacia una obligación de contenido compleja, que no sólo obliga al Estado a no incurrir en violaciones directas, sino que también lo obliga a adoptar medidas positivas, sea como cumplimiento directo de la obligación de respeto en aquellos derechos de contenido prestacional, o como parte de su obligación de garantía en todo derecho.

En aquellos casos en que el contenido normativo tiene un fuerte componente prestacional, el sistema internacional ha establecido estándares de cumplimiento que obligan al Estado a desarrollar programas de cumplimiento bajo criterios de progresividad y control democrático de dichas medidas.

El conjunto de estas obligaciones son compatibles con una visión compleja como la desarrollada por la jurisprudencia constitucional Latinoamérica e incompatibles con una visión restrictiva de las obligaciones del Estado, como la desarrollada por parte de la jurisprudencia constitucional chilena, según veremos en el apartado siguiente.

## **2. UNA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO**

La interpretación que se desprende del constitucionalismo comparado acorde con los criterios desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos, permite una comprensión de los derechos fundamentales que apunta a su efectividad, esto es, la capacidad real de servir para el fin con el que fueron establecidos.

La efectividad en materia de derechos fundamentales no puede estar limitada a su no afectación directa por parte del Estado, sino que necesariamente implica adoptar ciertas medidas para hacer cierto su pleno goce y ejercicio. Una interpretación

restrictiva en esta materia lleva al incumplimiento de uno de los objetivos que tiene la consagración de los derechos fundamentales, cual es, lograr su pleno goce y ejercicio en el ámbito de una sociedad democrática entendida como una empresa colectiva de cooperación. Este objetivo solo es posible en la medida que se remuevan los obstáculos que pueden impedir la realización de estos objetivos.

La efectividad está vinculada, en el ámbito de los derechos fundamentales, con una visión compleja del contenido de los derechos. Esto importa obligaciones positivas y negativas en cada estándar normativo. Por su parte, las medidas para cumplir con las obligaciones prestacionales deben reunir requisitos que permitan alcanzar el fin perseguido y, además, estas medidas deben ser objeto de un real control democrático.

## **V. APLICACION DE LA CONCEPCIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LOS ESTANDARES NORMATIVOS SOBRE DERECHOS SUBJETIVOS EN EL CASO CHILENO**

Como cierre de este capítulo, desarrollaré los argumentos que permiten concluir que en Chile es perfectamente aplicable la concepción desarrollada por parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana sobre el contenido de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y explicaré que esta es una mejor resolución de los casos planteados al inicio del capítulo, ya que permite cumplir con los compromisos internacionales del Estado y da eficacia a los derechos en el ámbito nacional.

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”<sup>366</sup>. Este

---

<sup>366</sup> Art. 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

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 solo las normas del art. 19, sino que las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (art. 5). Además, a partir de lo dispuesto en los artículos 1 (incisos 1 y 4), en relación con las normas de los arts. 5 y 6 de la Constitución, se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto los derechos sustantivos como las obligaciones generales (respeto y garantía). En efecto, el artículo 1 del texto constitucional<sup>367</sup> consagra la visión de los seres humanos como “libres e iguales en dignidad y derechos” y luego, establece el deber del Estado de dar “protección” a la población, “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, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” y “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Esto nos permite un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe “proteger” a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (art. 1); 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 propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (art. 5); y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado. Por tanto, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en

---

<sup>367</sup> Art. 1: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe 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, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar 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”.

materia de derechos fundamentales serán no sólo de abstención, sino que también obligaciones positivas. Dependerá del análisis de cada derecho determinar el contenido normativo concreto de la obligación del Estado.

A partir de esta visión compleja de las obligaciones del Estado es perfectamente posible recurrir a la concepción de derechos fundamentales (en materia de contenido de las obligaciones del Estado) que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional analizada. Por tanto, los casos que hemos planteado al inicio de este capítulo podrían ser resueltos a la luz del actual texto constitucional en el siguiente sentido:

(a) Según la visión compleja de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, el Estado debe cumplir con el mandato directo de cada derecho (ya sea a través de acciones positivas o abstenciones) y garantizar adecuadamente su pleno goce y ejercicio (a través de medidas positivas de aseguramiento, protección y prevención general).

(b) Para la implementación de las medidas tendientes a cumplir con el aspecto prestacional propio de cada derecho, es necesario que el Estado adopte medidas conducentes a su aseguramiento, lo que implica en ciertos casos la adopción de medidas políticas públicas con dicho fin. Estas políticas deberán estar destinadas a satisfacer efectivamente la obligación y deben ser controladas por todos los órganos del Estado, incluido el poder judicial.

(c) En los casos en que el Estado esté ante una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente al goce del derecho, es obligatoria la adopción de “medidas especiales” a objeto de enfrentar efectivamente dicha situación y garantizar el goce del derecho en condiciones de igualdad y no discriminación.

De esta forma, en un caso como el planteado, que dice relación con el derecho a la vida, el Estado no sólo tiene la obligación de evitar que sus agentes lo afecten directamente (obligación negativa de respeto), sino que además debe tomar todas las medidas para garantizar el pleno goce y ejercicio de este derecho. Por tanto, en la

resolución del caso VIH, la Corte Suprema chilena se debió haber planteado las siguientes cuestiones.

- a. El derecho que se encuentra amenazado en los casos de personas con VIH/Sida es el derecho a la vida. Este derecho no sólo tiene un componente negativo de protección frente a las amenazas provenientes del Estado, sino también un contenido positivo, que obliga al Estado a adoptar medidas positivas que garanticen su pleno goce y ejercicio.
- b. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como he señalado supra, en aquellos casos en que una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad por una condición personal, como es el padecimiento de esta enfermedad, hay una obligación especial de adoptar medidas efectivas para garantizar los derechos en el caso concreto.
- c. Es posible que el cumplimiento de estas medidas prestacionales implique la adopción de políticas de largo plazo para tender a la plena garantía del derecho a la vida de las personas con VIH/Sida. En dicho caso, el Estado deberá garantizar este derecho cumpliendo con ciertos requisitos especiales. Deberá tender progresivamente hacia la plena garantía del derecho y, en ningún caso, podrá adoptar medidas de carácter regresivo. Esto implica el diseño de una política de salud dirigido a este grupo vulnerable.

Tal como ha sido señalado por parte de la jurisprudencia constitucional comparada, una política pública destinada al cumplimiento de una obligación prestacional debe cumplir con ciertos requisitos mínimos vinculados con su diseño, implementación y control. En este caso, la política pública debe estar destinada a satisfacer los requerimientos de acceso a una determinada prestación de salud (acceso a remedios específicos de alto costo) en plazos razonables y destinando recursos suficientes con dicho fin.

- d. Es legítimo que el poder judicial, en casos concretos, evalúe dichas políticas y adopte medidas conducentes al pleno goce del derecho afectado. Este control debe comprender la adopción de una medida efectiva, que en estos casos no es otra que el suministro gratuito de la terapia necesaria para hacer frente a la enfermedad.

En síntesis, es claro que los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional latinoamericana analizada sobre el contenido de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, es perfectamente aplicable en Chile, sobre la base del actual texto constitucional. Por tanto, es posible resolver los casos que se han planteado al inicio de este capítulo en forma armónica con las obligaciones internacionales del Estado chileno y dando plena eficacia a los derechos en el ámbito interno.

En un fallo reciente del Tribunal Constitucional chileno se aprecia una apertura hacia una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado<sup>368</sup>. En una sentencia de inaplicabilidad (explicar a pie de página xxx) este Tribunal argumentó acerca de las obligaciones que surgen para el Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente el derecho a la salud) y estableció el carácter normativo de la Constitución, en particular, de su parte dogmática. Parte su análisis el Tribunal Constitucional chileno del derecho a la igualdad consagrado en el art. 1 de la Constitución (citarlo xxx) en relación con los derechos consagrados en el art. 19 del mismo cuerpo normativo (considerando 22). Vincula la sentencia el principio de la “dignidad” con los derechos públicos subjetivos, particularmente, con los derechos a la vida, integridad física y a la protección de la salud (Considerando 23). Luego, el Tribunal señala cuáles son las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales y con base en los arts. 1 y 5 de la Constitución concluye la obligación de asegurar los derechos, protegerlos y promoverlos (considerando 24), vinculado con lo anterior, señala la sentencia que de conformidad con lo preceptuado en el art. 6 de la Constitución, que consagra la primacía de los principios y normas constitucionales, obliga a todos los agentes del Estado (considerando 25).

---

<sup>368</sup> Tribunal Constitucional chileno, sentencia 26 de junio de 2008.

Respecto de la fuerza vinculante de los derechos sociales, el Tribunal señala que la “amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” (considerando 26) y luego agrega en el mismo sentido “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’, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27).

Concretamente sobre el derecho a la salud señala que “el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea” (considerando 29). Sobre la conexión del derecho a la protección de la salud con otros derechos, señala “esta magistratura no puede dejar de enfatizar que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligados a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr. El derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida” (considerando 32). Concluye el tribunal “siendo la Carta fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, 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 ...” (considerando 34).

Por último, cabe destacar que en materia de fuerza normativa de la Constitución el Tribunal Constitucional señala: “[Q]ue lo expresado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza 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” (considerando 35).

De esta forma, el Tribunal Constitucional hace una interpretación de los derechos prestacionales coherentes con una visión normativa de la Constitución y que permite la efectividad de los derechos fundamentales.

---

## **CAPÍTULO V. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL**

---



Comenzaré este capítulo describiendo los hechos centrales de un caso resuelto en Chile por los tribunales superiores de justicia en el que se aplicó un artículo de la Constitución política que era violatorio de las obligaciones internacionales del Estado, lo que generó responsabilidad internacional al Estado y una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este caso permitirá discutir acerca de uno de los elementos propios del concepto de derechos fundamentales, cual es, la recepción constitucional de los estándares normativos sobre derechos subjetivos individuales.

El objetivo de este capítulo es probar que la tendencia de la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha sido considerar que los derechos fundamentales no sólo son aquellos consagrados en el texto constitucional, sino que también tienen dicha categoría los derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia que emana de sus órganos de control. Esta interpretación amplía los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional europea. Además, se busca probar que esta concepción permite cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y permite dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Finalmente, el objetivo es demostrar que esta concepción es aplicable en Chile a la luz del texto constitucional vigente.

Para lograr el objetivo planteado, analizaré la forma en que se ha resuelto por los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos la cuestión de la censura previa, a fin de determinar la compatibilidad de las soluciones nacionales con las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia. Enseguida, analizaré los criterios elaborados por la jurisprudencia constitucional europea y los desarrollos jurisprudenciales del constitucionalismo latinoamericano sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Este análisis me permitirá configurar la concepción sobre la recepción constitucional de los derechos humanos desarrollada internacionalmente que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y da eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno del Estado. Con base en esta interpretación entregaré los argumentos para demostrar que esta concepción de los

estándares normativos sobre derechos subjetivos es aplicable en Chile con base en el actual texto constitucional y desarrollaré el razonamiento que debieron seguir los tribunales nacionales sobre la base de dicha concepción para resolver adecuadamente el caso planteado.

## **I. CASO LA ULTIMA TENTACION DE CRISTO**

La Constitución Política de Chile en su texto original de 1980, regulaba en su artículo 19 número 12 el derecho a la libertad de expresión, estableciendo en su inciso final un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”. Este sistema de censura era ejecutado a través del Consejo de Calificación Cinematográfica, cuya función consistía en orientar y eventualmente prohibir la exhibición cinematográfica y efectuar la calificación de las películas.

En 1988, la “United International Pictures Ltda” solicitó al Consejo de Calificación Cinematográfica autorizar la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”. El 29 de noviembre de ese año el Consejo decidió rechazar la solicitud, prohibiendo la exhibición de la película. Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Corte de Apelaciones en marzo de 1989. Siete años más tarde, en 1996, la “United International Pictures Ltda” elevó una nueva petición solicitando la exhibición del film. En esta ocasión, el 11 de noviembre de 1996, el Consejo de Calificación Cinematográfica decidió por mayoría de votos autorizar la exhibición de “La Última Tentación de Cristo” para espectadores mayores de 18 años.

Frente a esta resolución, un grupo de personas interpusieron un recurso de protección por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, buscando dejar sin efecto la autorización para exhibir la película.

El 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió este recurso de protección. Esta decisión fue apelada, sin embargo, la Corte Suprema confirmó la sentencia el 17 de junio del mismo año, dejando sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica, lo que se tradujo en la prohibición de exhibir "La Última Tentación de Cristo".

El 14 de abril de 1997, el entonces Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle, presentó un proyecto de reforma constitucional al artículo 19 número 12 que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística. Este proyecto fue aprobado en noviembre de 1999 por la Cámara de Diputados. Sin embargo, al momento de dictarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 5 de febrero de 2001, no se habían completado los trámites para su aprobación definitiva.

El 3 de septiembre de 1997 la Asociación de Abogados por las Libertades Públicas A.G. presentó una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa del caso, pero ello no fue posible. El 29 de septiembre de 1998, la Comisión aprobó el informe No. 69/98, formulando una serie de recomendaciones al Estado de Chile. Transcurrido el plazo de 2 meses para que el Estado presentara información sobre el cumplimiento de dichas recomendaciones, este no presentó información alguna ni las cumplió.

El 15 de enero de 1999 la Comisión decidió someter el caso ante la Corte Interamericana. En su sentencia de 2001 la Corte condenó al Estado de Chile por violar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (los argumentos considerados por la Corte los analizaremos *infra*).

El caso de la *Última Tentación de Cristo* es ilustrativo de los problemas que se presentan al aplicar erradamente uno de los elementos que sirven para la configuración de una concepción de derechos fundamentales: la recepción constitucional de los estándares normativos sobre derechos subjetivos. Si bien en este caso hay acuerdo en que este caso era relativo a derechos fundamentales, en lo que difieren es en la relación de las normas internacionales con el catálogo de derechos constitucionales.

Para comenzar reseñaré cuáles han sido los criterios elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de censura previa a fin de establecer si la concepción de derechos fundamentales desarrollada por parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana permite cumplir con dichos estándares internacionales.

## **II. LA CENSURA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, precisamente, en el caso sobre la película *La Última Tentación de Cristo*. En su fallo la Corte Interamericana estableció los alcances del art. 13 de la CADH (sobre libertad de expresión) y dictaminó la incompatibilidad de la censura previa con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En primer lugar estableció el alcance del derecho a la libertad de expresión. Respecto del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, contemplado en el art. 13 de la CADH, la Corte destaca que “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”<sup>369</sup>. La Corte distingue una dimensión individual y una social. La dimensión individual comprende el derecho a hablar o escribir, así como el derecho a utilizar

---

<sup>369</sup> Caso “*La Última Tentación de Cristo*”, párr. 64.

cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; cualquier restricción al derecho a divulgar opiniones, implica un límite al derecho a expresarse libremente<sup>370</sup>. La dimensión social, por su parte, comprende su derecho a tratar de comunicar a otras personas los puntos de vista personales, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias; en este sentido, según la Corte, para los ciudadanos es igualmente importante difundir las propias ideas, como conocer las ideas e informaciones de otros<sup>371</sup>. A juicio de la Corte “ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”<sup>372</sup>.

Sobre el tema de la censura previa, la Corte señala que “el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>373</sup>. Por tanto, al existir una norma expresa en la Convención, es contraria a las obligaciones internacionales del Estado cualquier norma interna que establezca un mecanismo de este tipo.

### **III. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS INTERNACIONALMENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Una de las cuestiones centrales en todo proceso constitucional es definir si se van a consagrar derechos subjetivos individuales con rango constitucional. Lo normal en el

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, párr. 65.

<sup>371</sup> *Ibidem*, párr. 66.

<sup>372</sup> *Ibidem*, párr. 67.

<sup>373</sup> *Ibidem*, párr. 70. Esta sentencia se tradujo en un proceso de adecuación de la legislación interna chilena en materia de libertad de expresión que culminó con una reforma constitucional.

constitucionalismo comparado es resolver esto positivamente, esto es, tomando la decisión de atrincherar en la Constitución ciertos derechos y libertades. Una vez que se ha tomado la decisión de consagrar derechos en la Constitución, es necesario contestar ciertas preguntas básicas: ¿cuáles derechos se consagrarán con rango constitucional? y ¿cuál es la mejor forma para su consagración de modo que sean efectivos en el ámbito interno?

La primera de estas preguntas obedece a una definición política constitucional básica: qué categoría de derechos será consagrada y, dentro de cada una de ellas, cuáles derechos en concreto y de qué forma serán reconocidos. La segunda pregunta se vincula con una decisión institucional sobre cuál es el mejor mecanismo para dicha consagración. Destacan como opciones la de establecer un catálogo de derechos (forma tradicional); la creación de otros textos que los contengan; derechos que se encuentren consagrados en distintas partes del texto constitucional o su consagración a través de ciertos principios generales, entre otras formas. En esta segunda respuesta surge la necesidad de resolver qué rol cumplirán los derechos que se encuentran consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por consiguiente, la jurisprudencia que emana de los órganos de control. Será este el aspecto en el que me concentraré porque es aquí donde se produce el encuentro normativo entre el derecho internacional de los derechos humanos con la normativa constitucional.

En materia de derechos fundamentales la decisión sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno se ha transformado en un tema central de discusión. En efecto, si bien el derecho internacional no dispone sobre el tema de la incorporación, ni de la jerarquía con la que deben ser incorporados los instrumentos internacionales, los Estados deben tomar decisiones institucionales coherentes con el cumplimiento de buena fe de esta normativa y así lograr un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Por ello, al plantearse el tema de la recepción constitucional de los estándares sobre derechos subjetivos individuales que limitan el poder del Estado, me parece necesario

centrarme en uno de los aspectos involucrados, cual es, determinar qué lugar ocupan las normas internacionales de derechos humanos en la práctica jurisprudencial constitucional y cuál es el rol que se le asigna a la jurisprudencia emanada de los órganos de control en la resolución de casos de alcance constitucional a nivel local. Este análisis me permitirá concluir que la forma en que la jurisprudencia constitucional analizada resuelve esta cuestión permite configurar una concepción de derechos fundamentales.

## **1. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL EN EUROPA**

### **1.1. ALEMANIA**

Una mirada histórica permite concluir, siguiendo a HESSE, que la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones alemanas no fue un proceso fácil, sino más bien difícil y de reciente concreción. Según he señalado en la descripción del sistema alemán (ver capítulo II), sólo en 1918 se incorporan los derechos fundamentales en el texto constitucional como “derechos de libertad”, pero no logran su consolidación sino hasta el año 1949. En efecto, no será sino hasta la Constitución de 1949, producto de los horrores vividos por el pueblo alemán durante el régimen nazi, que los derechos fundamentales serán consagrados como pilar central de la construcción constitucional.

A continuación analizaré la forma en que se encuentran consagrados los derechos fundamentales en el sistema alemán y qué ha dicho la jurisprudencia sobre esta materia. En particular, analizaré la forma en que se ha resuelto la cuestión de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.

Los derechos fundamentales son consagrados en un catálogo de derechos y libertades en los artículos 2 al 19 de la Constitución de 1949. Los principios básicos del sistema son la libertad (artículo 2.1<sup>374</sup>) y la igualdad (artículo 3<sup>375</sup>). Debe tenerse en cuenta que

este catálogo remite algunos derechos a un desarrollo legal<sup>376</sup> y, en otros casos, remite a la ley la determinación de ciertas restricciones a estos derechos<sup>377</sup>.

En el sistema normativo alemán, la Constitución dispone la supremacía de la normativa constitucional frente a las normas internacionales. De allí que los tratados internacionales gocen de una jerarquía equivalente a una ley<sup>378</sup>. En cuanto a la relación entre las leyes internas y la normativa internacional, la cuestión merece mayores comentarios. En un principio, atendido el procedimiento de incorporación de la normativa internacional al ámbito interno, parecería existir una equivalencia entre las normas internacionales y las leyes internas de carácter federal o la legislación de los *Lander* conforme a la materia de que se trate. Por tanto, estamos ante dos situaciones. En cuanto a la legislación internacional que regula materias propias de la legislación federal, esta goza del mismo rango que dichas leyes. En segundo lugar, cuando el tratado internacional verse sobre materias propias de la legislación de los *Lander*, la norma internacional poseerá dicho rango y, en consecuencia, se encuentra por debajo de la ley federal<sup>379</sup>.

La cuestión central en el sistema alemán es determinar si este razonamiento es aplicable a la normativa sobre derechos humanos. El debate central ha sido

---

<sup>374</sup> “Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional (verfassungsmässige Ordnung) o a la ley moral (Sittengesetz)”.

<sup>375</sup> Artículo 3: “1. Todos los hombres son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. (Modificado 27/10/1994). 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico. (Modificado 27/10/1994)”.

<sup>376</sup> A modo de ejemplo ver, arts. 4.3, 6.5, 12.1.

<sup>377</sup> A modo de ejemplo, ver, arts. 5, 8, 9, 10, 11, 16.

<sup>378</sup> De conformidad con lo preceptuado en el art. 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn los tratados que versen sobre materias de competencia del legislador federal, se incorporan al sistema normativo interno mediante la promulgación de una ley federal.

<sup>379</sup> Ponce, 2001: 118-119. La Ley Fundamental de Bonn no resuelve esta materia que queda entregada a la discusión doctrinaria y aplicación jurisprudencial.

determinar si el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 es una norma especial, merecedora de una jerarquía diferente al resto de los tratados internacionales. Si bien esta es una materia que ha sido debatida por la doctrina, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado claramente por la tesis de que el CEDH no posee un rango particular y, por tanto, un recurso de inconstitucionalidad no podría estar fundado en una contradicción con dicha normativa internacional<sup>380</sup>. Esta tesis se explica por la necesidad -cada vez mayor- de respetar los tratados internacionales. El camino argumental tomado por el Tribunal Federal ha sido considerar a las normas internacionales como parámetros de interpretación de las normas nacionales, de forma tal que el derecho interno sea interpretado en consonancia con las obligaciones internacionales del Estado<sup>381</sup>. Un paso interesante que ha dado la jurisprudencia ha sido considerar como un criterio de interpretación no sólo la normativa internacional, sino que también la jurisprudencia que emana de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>382</sup>.

## 1.2. ESPAÑA

Como ya hemos visto en el Capítulo II de este estudio, el proceso constitucional español destaca como una puesta al día en materia de derechos fundamentales, siendo la consagración de estos derechos en el orden constitucional uno de los objetivos centrales del nuevo modelo constitucional.

Los derechos fundamentales adquieren cuerpo en, al menos, tres niveles de la normativa constitucional. Se encuentran consagrados como parte de los valores y también en principios constitucionales que iluminan dicho texto. En particular, el artículo 1.1 de la Constitución consagra un “Estado social y democrático de

---

<sup>380</sup> Sentencia de 10 de mayo de 1959, citada en Ponce, 2001: 121.

<sup>381</sup> Según la interpretación formulada por K. Hesse, las normas internacionales deben ser tenidas en cuenta a la hora de la interpretación de las normas locales y esta normativa permitirá fijar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, ver Hesse, 1996: 89.

<sup>382</sup> Sentencia 26 de marzo de 1987, citada en Ponce, 2001: 122.

derechos”<sup>383</sup>. Hay también expresión de los derechos fundamentales en el catálogo de derechos, consagrado en la sección 1ª del Capítulo segundo (arts. 15-29). El texto constitucional consagra ciertos derechos en forma directa<sup>384</sup> y en otros remite su desarrollo al legislador (1.4, 18.4, 20.3, 24.2, 28.2, 29, entre otros).

Para efectos de este estudio me interesa la discusión sobre la incorporación de los instrumentos internacionales en el sistema nacional español. A partir del art. 96.1<sup>385</sup> de la Constitución, la tesis generalmente aceptada por la dogmática constitucional española sitúa al derecho internacional con rango igual al de la ley. En materia de normativa internacional sobre derechos humanos, la norma relevante es el art. 10.2 de la Constitución española que dispone:

Art. 10.2: “ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La discusión se ha centrado en los alcances de esta norma constitucional, particularmente en relación con la siguiente pregunta: ¿implica o no dicha norma la incorporación de las normas internacionales como normas de rango constitucional? Hay discusión en la doctrina<sup>386</sup>.

---

<sup>383</sup> Los alcances de esta calificación fueron analizados *supra* en el Capítulo II sección II.1.3.

<sup>384</sup> Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; artículo 26: “Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales”.

<sup>385</sup> Artículo 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

<sup>386</sup> Ponce, 2001: 998-99.

Algunos autores sostienen que, a partir de esta norma, se ha producido la constitucionalización de los derechos humanos consagrados en el ámbito internacional. Otros en cambio, señalan que esta norma no implica la constitucionalización de la normativa internacional, sino que constituye una figura particular de “cuasiconstitucionalización” o “eficacia constitucional indirecta”. Finalmente, están quienes han sostenido que esta norma se limita a consecuencias hermenéuticas<sup>387</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha adoptado una posición más clara. Rechaza la idea de que las normas contenidas en los tratados internacionales, aun los de derechos humanos, puedan servir como parámetro de constitucionalidad<sup>388</sup>. En este sentido el argumento central del Tribunal Constitucional ha sido que la norma del 10.2

“no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”<sup>389</sup>.

El principal efecto de esta interpretación del art. 10.2 de la Constitución española será que, en caso de presentarse una contradicción entre una ley interna y un tratado de derechos humanos, no servirá como argumento para fundamentar la inconstitucionalidad de la ley interna cuestionada el que dicha norma esté en

---

<sup>387</sup> En este sentido se pronunciaría Mariño Menéndez (ver Ponce, 2001: 99).

<sup>388</sup> “...tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”, STC, 28/1991, considerando 5 (citado en Ponce: 151-154).

<sup>389</sup> STC 36/1991.

contradicción con un derecho fundamental, ya que el derecho consagrado internacionalmente no se considera un derecho constitucional<sup>390</sup>.

### **1.3. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD (FRANCIA Y ESPAÑA)**

En el constitucionalismo europeo, la determinación de cuáles son los derechos comprendidos en la noción de derechos fundamentales, frente a los límites de los catálogos de derechos en las constituciones nacionales, ha llevado al desarrollo de la noción de "Bloque de Constitucionalidad". Esta expresión, elaborada en el constitucionalismo francés y español, ha sido tomada por el constitucionalismo latinoamericano, reformulando sus alcances.

La idea de "Bloque de Constitucionalidad", siguiendo a UPRIMNY, "hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supralegales, pero que no aparecen directamente en el texto Constitucional". Así, "una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita"<sup>391</sup>.

A objeto de estudiar el desarrollo de esta institución en Europa, en primer lugar reseñaré su origen en el constitucionalismo europeo; enseguida, analizaré cuál es el contenido y la finalidad que tiene la institución; y, finalmente, veré si dentro de esta institución se han incorporado las normas internacionales en materia de derechos humanos.

El origen de la noción, según nos señala FAVOREU, está en el ámbito administrativo francés, donde se usaba la noción de "bloque legal" para designar principios y reglas por encima de las leyes. Según este autor, la expresión "bloque" tiene por objeto

---

<sup>390</sup> Ponce, 2001: 152. Asimismo, en la jurisprudencia, ver STC, sentencia 28/1991.

<sup>391</sup> Ambas citas corresponden a Uprimny, 2006: 31.

evocar la idea de solidez y unidad. A diferencia de lo ocurrido en España, esta no es una noción desarrollada por la jurisprudencia, sino por la doctrina<sup>392</sup>.

En cuanto a su contenido, en Francia, la idea de "Bloque de Constitucionalidad" considera diferentes elementos; algunos son esenciales (Constitución de 1958, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946) y otros, marginales ("principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República")<sup>393</sup>. En concreto, las normas principales están constituidas por los tres textos señalados: la Constitución de 1959, en particular sus artículo 1-90, la Declaración de 1789 y las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946, en lo que se ha considerado como un complemento de la Declaración de 1789 en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso de los elementos marginales, según nos señala FAVOREU, la Corte de Casación ha fijado ciertos criterios estrictos para su incorporación al "Bloque de Constitucionalidad". En particular, se ha hecho referencia al vínculo existente entre la tradición republicana y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (legislación republicana previa a 1946)<sup>394</sup>. Quedan excluidos del "Bloque de Constitucionalidad" los reglamentos de las asambleas, las normas internacionales y los principios generales del Derecho<sup>395</sup>.

Dentro de esta institución del "Bloque de Constitucionalidad" no existe un sistema jerárquico y cada uno de los elementos es considerado en un plano de igualdad, lo que implica la necesidad de conciliar las distintas disposiciones y, por tanto, obliga a avanzar en la coherencia del sistema. El objetivo de esta institución es servir como baremo de constitucionalidad para el trabajo de la Corte de Casación francesa en

---

<sup>392</sup> Favoreu, 1991: 19-21.

<sup>393</sup> Favoreu, 1991: 25.

<sup>394</sup> Favoreu, 1991: 30-31.

<sup>395</sup> Favoreu, 1991: 34.

materias de control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios<sup>396</sup>.

El punto que me interesa considerar del constitucionalismo europeo en la materia, es si los derechos humanos son parte del "Bloque de Constitucionalidad" y en qué condiciones.

En la experiencia francesa el "Bloque de Constitucionalidad" incorpora un núcleo relevante de derechos fundamentales. Por una parte, los derechos establecidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y los del Preámbulo de la Constitución de 1946. Este, en palabras de FAVOREU, constituye "un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados"<sup>397</sup>. No se incluyen en esta noción los derechos humanos consagrados internacionalmente.

En el constitucionalismo español, según nos señala RUBIO LLORENTE, es "evidente" que dentro del concepto de "Bloque de Constitucionalidad" deben considerarse, aparte de las normas de distribución territorial, aquellas normas que imponen límites al legislador central o territorial, es decir, la normas que establecen derechos fundamentales<sup>398</sup>. Al igual que en el caso francés, bajo la institución del "Bloque de Constitucionalidad", no se comprenden las normas internacionales sobre derechos humanos.

---

<sup>396</sup> Rubio, 1991: 105.

<sup>397</sup> Favoreu, 199: 42.

<sup>398</sup> Rubio, 1991: 117.

## **2. LA RECEPCION CONSTITUCIONAL EN LATINOAMERICA: COLOMBIA, COSTA RICA, ARGENTINA Y PERÚ**

En esta parte analizaré la forma en que la jurisprudencia constitucional de estos países ha resuelto el tema de la recepción constitucional de las normas internacionales de derechos humanos. Para ello centraré el análisis en la interpretación que ha hecho la jurisprudencia constitucional sobre la institución del "Bloque de Constitucionalidad" y la recepción de la jurisprudencia internacional. Demostraré que se ha ampliado la interpretación sobre el "Bloque de Constitucionalidad" de forma tal que dentro de dicha institución se comprendan las normas internacionales de derechos humanos. Asimismo, demostraré que la recepción de los estándares internacionales incluye la jurisprudencia internacional, en particular, aquella que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **2.1. Colombia**

En el ámbito de la recepción constitucional de la normativa internacional en materia de derechos humanos la experiencia más importante es la de Colombia. En este país la institución del "Bloque de Constitucionalidad" ha sido desarrollada ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Según lo ha entendido la doctrina, el "Bloque de Constitucionalidad" en Colombia dice relación con la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional<sup>399</sup>. Para posibilitar esta interpretación ha sido necesario el desarrollo de una visión acerca de la Constitución como un texto abierto, en el cual es posible sistematizar normas constitucionales más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Uprimny, 2001: 100.

<sup>400</sup> Uprimny, 2001: 101. La doctrina ha señalado que el objetivo de esta institución ha sido hacer compatibles el principio de supremacía constitucional (artículo 4 de la CP) y el principio de la primacía del derecho internacional (artículo 93 de la CP), ver Ramelli, 2004: 65.

Esta institución del "Bloque de Constitucionalidad" ha sido un paso relevante en el constitucionalismo colombiano. Hay que tener en cuenta que, en el período previo a la reforma constitucional del año '91, la Corte Suprema se había negado a reconocerle valor constitucional a los tratados de derechos humanos, así como a considerarlos causa de inexecuibilidad<sup>401</sup>.

Como ya he señalado, es a partir de la reforma de 1991 que los derechos humanos adquieren un lugar relevante en la Constitución colombiana, pudiéndose encontrar una serie de artículos que hacen referencia a su valor en el sistema constitucional (arts. 53, 93, 94 y 214). Posteriormente, en el año 1995 se desarrollan en la jurisprudencia los alcances del "Bloque de Constitucionalidad", en particular, a través de la sentencia C-225/1995, relativa a las Convenciones de Ginebra de 1949. A juicio de la Corte Constitucional el "Bloque de Constitucionalidad":

“... está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”<sup>402</sup>.

En cuanto al objetivo de esta institución, es posible desprender de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el “Bloque de Constitucionalidad” permite armonizar la primacía de la constitución con la primacía de los tratados<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Uprimny, 2001: 116.

<sup>402</sup> C-225/1995, considerando 12.

La Corte Constitucional determina cuáles son los requisitos para que un tratado internacional integre el "Bloque de Constitucionalidad":

"Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia tales tratados en el orden interno, "es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción"<sup>404</sup>.

De esta forma, en su primera aproximación explícita al tema, la Corte define que los requisitos que deben concurrir para que una norma internacional pueda integrarse al "Bloque de Constitucionalidad" son: (a) que esta norma reconozca un derecho humano y (b) que dicho derecho sea de aquellos que no pueden ser objeto de suspensión en casos de emergencia. Con esta postura, la Corte Constitucional adopta implícitamente la idea de que los derechos que integrarían el "Bloque de Constitucionalidad" son aquellos pertenecientes a un cierto núcleo inderogable de derechos consagrados internacionalmente y no a toda la normativa que obliga internacionalmente al Estado colombiano.

---

<sup>403</sup> "A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?", Sentencia C-225/1995, considerando 12.

<sup>404</sup> Sentencia C-295/93.

A partir de la sentencia precitada, se inició un proceso de sistematización de los alcances de este concepto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. La doctrina<sup>405</sup> se ha referido a tres ámbitos en que ha sido relevante el desarrollo de la jurisprudencia en este tema: a) precisiones conceptuales y metodológicas aclarando, principalmente, que la incorporación de un derecho al "Bloque de Constitucionalidad" debe tener un fundamento normativo claro en el texto constitucional<sup>406</sup>; b) restricciones del "Bloque de Constitucionalidad", esto es, exclusión de los tratados en general y de las leyes estatutarias en ciertos casos; c) ampliación del "Bloque de Constitucionalidad", es decir, inclusión de tratados sobre límites<sup>407</sup>, convenios de la OIT<sup>408</sup> y decisiones y jurisprudencia de instancias internacionales de derechos humanos<sup>409</sup>.

Me centraré a continuación en tres cuestiones: los derechos que integran el "Bloque de Constitucionalidad", el rol que se asigna a la jurisprudencia internacional y la finalidad que se asigna a esta institución del "Bloque de Constitucionalidad".

a) A partir de la interpretación del art. 93 de la Constitución<sup>410</sup>, ha surgido cierta discusión acerca de los derechos que integran el "Bloque de Constitucionalidad"<sup>411</sup>. Esto, debido a que la Corte Constitucional ha distinguido entre un "Bloque de Constitucionalidad" *lato sensu* y uno *stricto sensu*<sup>412</sup>, en los siguientes términos:

---

<sup>405</sup> Uprimny, 2001: 128-132.

<sup>406</sup> Ver Sentencias C-358/1997 y C-191/1998.

<sup>407</sup> Ver Sentencia C-191/1998.

<sup>408</sup> Ver sentencias T-568/1999 y C-567/2000.

<sup>409</sup> Ver sentencia C-191/1998.

<sup>410</sup> Art. 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

<sup>411</sup> Ver sentencia C-582/1999.

“Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que ‘tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias’, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”<sup>413</sup>.

En materia de derechos humanos nos encontramos con normas de derecho estricto y normas de derecho lato. En el grupo de normas *lato sensu* se encontrarían los derechos humanos limitables o suspendibles. En el grupo *stricto sensu* encontraríamos los tratados sobre derecho internacional humanitario y los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

Según la Corte Constitucional, para que un tratado o convenio internacional adquiriera el carácter de norma integrante del "Bloque de Constitucionalidad" en sentido estricto (*stricto sensu*), sin que exista una expresa referencia en una norma constitucional, debe reunir dos requisitos. En primer lugar, debe ser un tratado que reconozca derechos humanos y, en segundo lugar, su limitación en casos de emergencia debe encontrarse prohibida<sup>414</sup>. En este caso no es necesario que exista una relación entre

---

<sup>412</sup> Ramelli, 2004: 70. Un extenso y muy profundo estudio de los alcances de esta distinción se encuentran en Uprimny, 2006b: 71-80.

<sup>413</sup> Sentencia C-582/1999.

<sup>414</sup> “En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)”, Sentencia C-582/1999.

los derechos consagrados constitucionalmente y la norma internacional para que esta se incorpore al “Bloque de Constitucionalidad”<sup>415</sup>.

De acuerdo con la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del art. 93 inciso 2, las normas internacionales tienen por finalidad completar y dinamizar aquellos derechos que se encuentran consagrados en la Constitución, es decir, complementan “el contenido protegido por el derecho que ya está consagrado en la Carta”<sup>416</sup>. En este sentido podría entenderse que al ser normas que sirven para la interpretación de derechos constitucionales, las normas internacionales tendrían ese mismo rango y, por tanto, integrarían el “Bloque de Constitucionalidad”<sup>417</sup>.

Donde se plantea la discusión es en las consecuencias que tendría para una norma ser considerada integrante del Bloque de Constitucionalidad *stricto sensu* o *lato sensu*. Originalmente, ambas categorías fueron diferenciadas jerárquicamente: las primeras tendrían el carácter de normas constitucionales y las segundas de carácter supralegales<sup>418</sup>. El problema práctico surge en caso de un posible conflicto entre una norma internacional *lato sensu* y una norma constitucional. De este modo, si hay involucrado un tema de jerarquía, debiera primar la norma constitucional aunque estableciera una menor garantía de derechos humanos. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte no se ha seguido esta interpretación, sino que aún en el evento que se considere que una norma integra el Bloque de Constitucionalidad en *lato sensu*, no se ha extraído una consecuencia jerárquica, sino que se ha hecho una interpretación *pro persona* según la cual debe aplicarse la norma más favorable a los derechos de la persona, sea la norma internacional o la constitucional. En síntesis, la

---

<sup>415</sup> Ver en este sentido Sentencia T-1319/2001, considerando 12.

<sup>416</sup> Sentencia T-1319/2001, considerando 12.

<sup>417</sup> Esta es la interpretación que formula Uprimny de la jurisprudencia constitucional, ver Uprimny, 2006: 78.

<sup>418</sup> Uprimny, 2006b: 77.

Corte Constitucional reconoce fuerza constitucional a las normas internacionales, aun cuando sean normas *lato sensu*<sup>419</sup>.

En definitiva, comparto la opinión de UPRIMNY en orden a que la correcta interpretación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es entender que la distinción entre normas de *stricto sensu* y *lato sensu* tiene relación con otorgar un efecto diferenciador a los incisos 1 y 2 del art. 93 de la Constitución. La diferencia estaría en el “efecto directo incorporador de nuevos derechos” (normas de *stricto sensu*) y el “efecto interpretativo de derechos existentes” (normas *lato sensu*), pero sin que esto implique establecer jerarquías normativas. Ambos tipos de normas serían parte del Bloque de Constitucionalidad, aunque en el segundo caso la potencial declaración de inconstitucionalidad de una norma interna debiera ser fundada en la norma constitucional y no en la norma internacional que cumple un rol hermenéutico<sup>420</sup>.

b) Un segundo aspecto a analizar es el rol que se asigna a la jurisprudencia internacional. Al respecto, llama la atención la argumentación desarrollada por la Corte

---

<sup>419</sup> En este sentido es especialmente interesante la sentencia C-1175/2004, donde la Corte invoca como parámetro de constitucionalidad los arts. 13 de la CADH y 19 del PIDCP que son derechos limitables en estados de emergencia, sin perjuicio de lo cual la Corte los considera parámetros de constitucionalidad directamente.

La Corte señala en su considerando 15:

“De conformidad con lo anterior, la Corte comienza entonces por citar lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que versen sobre Derechos Humanos y la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución a luz de dichos tratados. En concordancia con ello, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (aprobado mediante Ley 74 de 1968) establece en su numeral 4° que: “[...]”. En el mismo sentido el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado *ibídem*) establece que [...]”.

“Las anteriores disposiciones y lo contenido en los artículos 44 y 45 constitucionales en el sentido, tanto de garantizar el goce por parte de los niños, de manera prevalente sobre las demás personas, de los derechos contenidos en la constitución, en las leyes y en los tratados internacionales debidamente ratificados, como de otorgar el derecho de protección y formación integral de los adolescentes, respectivamente, permiten constatar a la Corte que el alcance normativo que tiene el Comité de Clasificación de Películas surge en principio no solo en la Constitución, sino también de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Empero - como se dijo arriba- el estudio de constitucionalidad de fondo se dirige a determinar si la conformación de dicho Comité, tal y como está planteada en la norma acusada, es acorde a la Constitución”.

<sup>420</sup> Uprimny, 2006b: 78-79.

Constitucional, que considera que la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser concebida como parte del "Bloque de Constitucionalidad". El razonamiento de la Corte Constitucional se ha basado en la idea de que las instancias de control internacional establecen ciertas "pautas normativas" lo que constituye "un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de normas constitucionales sobre derechos fundamentales"<sup>421</sup>. En particular, la sentencia se refiere a la Corte Interamericana como "intérprete autorizado" de la Convención<sup>422</sup>.

En una sentencia de 2001 la Corte Constitucional al referirse a la forma en que se incorporan al "Bloque de Constitucionalidad" las normas internacionales de derechos humanos que pueden ser objeto de suspensión en caso de emergencia se refiere expresamente a la jurisprudencia de los órganos internacionales. Expresa la Corte que la integración se hace por vía de interpretación

"[S]ólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales"<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> Sentencia C-010/2000.

<sup>422</sup> Sentencia C-010/2000, considerando 13.

<sup>423</sup> En concreto a la luz del caso que estaba conociendo la Corte Constitucional, relativo a la libertad de expresión, señala "Para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente", Sentencia C-1319/2001, considerando 13.

c) Por último, me referiré a la finalidad de la institución del “Bloque de Constitucionalidad”. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado, que el sentido u objeto de declarar que una norma es parte del "Bloque de Constitucionalidad" implica que el Estado deba adaptar sus normas de menor jerarquía a los contenidos de la norma internacional a fin de “potenciar la realización material de tales valores”<sup>424</sup>. En términos concretos, la Corte Constitucional estaría obligada a retirar dicha norma incompatible con el "Bloque de Constitucionalidad" del ordenamiento jurídico, de forma tal que la incompatibilidad no es solo con normas formalmente reconocidas en el texto constitucional, sino con todas aquellas a las que se les ha asignado dicho rango<sup>425</sup>.

Asimismo, el hecho que una norma internacional de derechos humanos sea parte del "Bloque de Constitucionalidad" le permite a la Corte Constitucional usarla como base para determinar medidas concretas que debe adoptar el aparato estatal para una efectiva garantía de dichos derechos y, por tanto, puede ser incorporada como parte de las obligaciones exigibles al Estado<sup>426</sup>.

Un interesante desarrollo de esta materia se produjo en la sentencia sobre las decisiones del Consejo de Administración de la OIT. En este fallo la Corte fija los

---

<sup>424</sup> “Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”, Sentencia C-225/1995, considerando 12.

<sup>425</sup> “Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutable de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución”, Sentencia C-582/1999.

<sup>426</sup> “De otro lado, la doctrina de la Corte acerca de los derechos de los internos responde a las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos, tratados que, como ya se sabe, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, sirven también de parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos. En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos - también conocida como el Pacto de San José, y que fue aprobada por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972 - como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, establecen que los reclusos tienen el derecho a ser tratados en una forma digna, de acuerdo con el valor que les confiere su calidad de personas, y que el objeto de la pena es la resocialización”, Sentencia T-153/1998, considerando 45.

efectos de incorporar estas decisiones de un órgano internacional en el "Bloque de Constitucionalidad"<sup>427</sup>:

- a) las decisiones deben ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas;
- b) deben servir de base para presentar proyectos legislativos; y
- c) orientar el sentido y alcance de las órdenes que debe impartir el juez de tutela para restablecer los derechos violados o amenazados.

## **2.2. Costa Rica**

En el caso de Costa Rica hay dos aspectos interesantes a destacar. Primero, la relación de las normas internacionales de derechos humanos con el catálogo constitucional de derechos, donde se amplía la interpretación a instrumentos internacionales que el Estado costarricense aún no ha ratificado, pero que la Sala Constitucional aplica para la resolución de casos. Segundo, el rol que se asigna a la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos y el continuo ascenso de su jerarquía en la interpretación de la Sala Constitucional.

La Sala Constitucional costarricense se ha pronunciado sobre el primer aspecto en casos en los que se produce una contradicción entre normas del derecho interno y las consagradas en instrumentos internacionales. Su jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de dar una mayor jerarquía a las normas sobre derechos humanos como un elemento central en el diseño institucional.

La Sala Constitucional, en un primer acercamiento al tema, dio a las normas de derecho humanos una jerarquía de supralegalidad, en la medida que las normas internacionales resultaran ejecutivas y ejecutables por sí mismas, esto es, que no requirieran de otras normas de derecho interno que las desarrollaran. Fundó esta supralegalidad de las normas sobre derechos humanos en la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley N° 7128 de 18 de agosto de 1989) y, sobre

---

<sup>427</sup> Sentencia T-568/1999.

todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989)<sup>428</sup>.

Posteriormente, la Sala Constitucional se pronuncia sobre la naturaleza de los tratados sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico de Costa Rica y eleva su rango jerárquico. En la sentencia 2545-1992, la Sala señala que los tratados internacionales son normas supralegales y que, en particular, los instrumentos de derechos humanos, a la luz de la reforma del año 1989, pasan a constituir una nueva categoría en el ordenamiento jurídico, que complementa a la Constitución y, por tanto, tienen rango constitucional<sup>429</sup>.

En una tercera línea argumental, la Sala ha señalado que los instrumentos de derechos humanos, en la medida que otorguen mayores derechos o garantías que la normativa interna, tendrán un valor supraconstitucional<sup>430</sup>. Esta interpretación no es

---

<sup>428</sup> “Que, si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo, de conformidad con el artículo 7° de la Constitución Política, ello no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48,105 y 128 de la Constitución (Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1° de setiembre) y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No. 7135 del 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley”, Sentencia 00282/1990, considerando I.

<sup>429</sup> “Los tratados o convenios internacionales, por mandato expreso del artículo 7 de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a la de las leyes comunes, como lo es el citado Código. Más [sic] la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros, el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional -la más importante- que complementan la Constitución Política en su parte dogmática. Después de estas disposiciones, se colocan las legislación interna común, llamada también legislación "municipal" desde la perspectiva internacional, categoría a la que pertenece el Código de Procedimientos Penales”, Sentencia 2545/1992, considerando II.

<sup>430</sup> “Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar

necesariamente contradictoria con la anterior, sino que parece complementaria. En efecto, las normas internacionales tienen rango constitucional, salvo en el evento que establezcan mayores derechos o garantías que el catálogo interno, en cuyo evento estas normas internacionales prevalecerán frente a la normativa nacional, incluida la Constitución.

Finalmente, debe destacarse una sentencia en la que la Sala Constitucional formula un comentario general acerca de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales como objeto de protección dentro de su competencia: “[S]e hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país”<sup>431</sup>. De esta forma, los derechos que tienen el carácter de fundamentales no solo son aquellos establecidos en el catálogo constitucional, sino también los consagrados en sede internacional.

En este sentido, la Sala Constitucional ha dado un paso hermenéutico relevante al interpretar que el texto constitucional, cuando hace referencia a los “instrumentos internacionales” en materia de derechos humanos, le permitiría conocer no sólo de los tratados internacionales, sino también de otras normas internacionales, incluyendo algunas que no se encuentran incorporadas formalmente al sistema normativo nacional. Al efecto, es interesante la sentencia 7484-2000 que señala:

“Tal y como ya lo ha dicho este Tribunal, los derechos de los reclusos deben ser considerados como derechos constitucionalmente protegidos, a la luz del artículo 48 de la Constitución Política: ‘Para ese propósito es necesario tomar en cuenta las resoluciones #663 (XXXIV) de 31 de julio

---

a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años”, Sentencia 2313/1995, considerando VI.

<sup>431</sup> Sentencia 2313/1995, considerando VIII.

de 1957 y #1993 de 12 de mayo de 1976, #2076 de 13 de mayo de 1977 y #1984/47 de 25 de mayo de 1984 que adoptaron las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" adoptados por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que son aplicables a nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política que ha elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a rango constitucional, los que deberán ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en materia de derechos humanos' (Voto 0709- 91)"<sup>432</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, la Sala Constitucional ha determinado que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen el mismo valor que las normas convencionales, es decir, son normas constitucionales y, en caso de conferir mayores derechos o garantías, son normas supraconstitucionales. Al efecto, la Sala ha señalado:

"... debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.I.)"<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> Este párrafo es expresamente transcrito por la Sala en la sentencia 7484-2000 haciendo suyo el planteamiento anterior de la propia Sala.

La fundamentación que ha dado la Sala Constitucional sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana está basada en las funciones que le han sido encomendadas a este tribunal internacional de derechos humanos. En efecto, en la medida que la Corte Interamericana es un órgano llamado a interpretar las normas convencionales –sea a través de la resolución de casos contenciosos o mediante opiniones consultivas-, su interpretación tendrá la misma jerarquía de la norma interpretada.

### **2.3. Argentina y Perú**

En la reforma constitucional argentina del año 1994 se asignó a ciertos instrumentos de derechos humanos rango constitucional. En efecto, mediante el numeral 22 del artículo 75 de la Constitución los tratados de derechos humanos allí enumerados adquirieron rango constitucional, por lo cual, los derechos y libertades en ellos consagrados pasaron a constituir parte del catálogo de derechos fundamentales de nivel constitucional<sup>434</sup>.

En la jurisprudencia argentina no encontramos expresamente la noción de "Bloque de Constitucionalidad", aunque esta idea sí parece estar presente en el razonamiento judicial en el ámbito de los derechos humanos. Me interesa hacer una reseña de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en relación con la incorporación de la jurisprudencia de los órganos de control internacional en materia de derechos humanos al ámbito interno, en particular, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

---

<sup>433</sup> Sentencia 2313/1995, considerando VII.

<sup>434</sup> El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina ha realizado un interesante seguimiento al impacto que ha tenido esta reforma en la Argentina. El año 1997 se hizo una primera evaluación en diversos campos y luego se retomó el tema en una investigación del 2007 que permitió evaluar los avances y retrocesos del proceso. Ver Abregu y Courtis, 1997: 3-655 y Abramovich, 2007: 5-1005.

En el año 1994, la Corte Suprema -en el caso *Cafés la Virginia*<sup>435</sup>- dio un primer paso en su análisis. Determinó que los tratados internacionales deben ser interpretados de buena fe y, por tanto, sus normas deben primar por sobre las normas internas (considerandos 6 y 8). Posteriormente, en 1995 se dicta sentencia en el caso *Giroldi*<sup>436</sup>. Este fallo ha sido señero en materia de incorporación de la jurisprudencia internacional como parte del contenido de los derechos humanos de rango constitucional. La Corte Suprema argentina señaló que

“De ahí que la aludida jurisprudencia [se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos] deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana” (considerando 11, segundo párrafo).

Por su parte, en la sentencia del caso *Ekmekdjian / Sofovich*<sup>437</sup> la Corte señaló:

“Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)” (considerando 21).

En sentencia reciente (2004), la Corte ha incorporado la jurisprudencia de la Corte Interamericana para determinar el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. En la sentencia *Arancibia*<sup>438</sup> analiza la posibilidad de prescripción y amnistía de los crímenes en contra de la humanidad. Para determinar el

---

<sup>435</sup> Sentencia de 13 de octubre de 1994 (Fallos: 317:1282).

<sup>436</sup> Sentencia de 07 de abril de 1995. En este fallo la Corte Suprema está operando sobre la base de una opinión consultiva de la Corte Interamericana.

<sup>437</sup> *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos, 308:647.

<sup>438</sup> *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*.

alcance de las obligaciones del Estado en esta materia el fallo cita a la Corte Interamericana (sentencias *Velásquez Rodríguez* y *Barrios Altos*) para establecer que

“A partir de dicho fallo [sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez* de la Corte IDH] quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional”.

De esta forma, la Corte Suprema fija el contenido y alcance de la obligación del Estado frente a violaciones de derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia internacional, aplicándola directamente como un estándar hermenéutico<sup>439</sup>.

En un fallo reciente, la Corte Suprema argentina ha planteado que aún en el evento que el razonamiento del tribunal internacional no sea compartido por ella, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios y su razonamiento debe ser acatado por la Corte Suprema<sup>440</sup>. Esto reafirma la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el sistema normativo argentino.

---

<sup>439</sup> Es interesante el desarrollo de este tema en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina respecto de la jurisprudencia consultiva emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Suprema ha señalado que estas opiniones deben ser una “guía” para la interpretación en el ámbito interno (Caso *Acosta* CSJN sentencia de 22 de diciembre de 1998, considerando 13°).

Otro caso donde la normativa y jurisprudencia internacional ha sido relevante en el resultado del fallo es el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc*, causa 17.768.

<sup>440</sup> “Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte,

En términos generales, podemos sostener que la Corte Suprema argentina sigue el mismo criterio de la Sala Constitucional de Costa Rica, asignando a la interpretación que formula la Corte Interamericana de Derechos Humanos el mismo rango constitucional que la norma interpretada. De esta forma, la interpretación de la Corte Interamericana pasa a formar un solo cuerpo constitucional con las normas internas del Estado resultando, por tanto, vinculantes para todas las autoridades de la Nación.

Esta tendencia jurisprudencial también ha sido seguida por el Tribunal Constitucional peruano, que al efecto ha señalado recientemente:

“[E]n consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”<sup>441</sup>.

\* \*

\*

A partir de la jurisprudencia constitucional estudiada es posible sostener que en parte importante del constitucionalismo latinoamericano hay una tendencia jurisprudencial que incorpora al concepto de derechos fundamentales la normativa internacional (normas y jurisprudencia). A partir de esta apreciación surgen algunas cuestiones que

---

como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional (*Espósito, Miguel A. s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de diciembre de 2005, considerando 16).

<sup>441</sup> Tribunal constitucional, Sentencia 00007-2007-AI.

deben ser destacadas. Por una parte, la figura del "Bloque de Constitucionalidad" se ha aplicado de una manera más amplia que en Europa. Atendidas las características particulares de los derechos fundamentales como parte del ordenamiento constitucional, el hecho de que se integren a esta categoría los derechos consagrados internacionalmente, los pone en una situación privilegiada para influir todo el sistema normativo interno de aquellos Estados que dan este paso. De esta forma, los derechos humanos consagrados internacionalmente pasan a ser parte de las normas iusfundamentales, ya sea para completar el catálogo de derecho o para darle un alcance más amplio y comprehensivo.

Asimismo, la integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parte de la norma internacional y, por tanto, con su mismo rango constitucional. En efecto, una cuestión central en materia de constitucionalización de los derechos es la incorporación de la jurisprudencia de los órganos internacionales en materia de derechos humanos y, en particular de la Corte Interamericana, como parte de la concepción de los derechos fundamentales. Con ello, se ha ampliado la consagración de los derechos humanos pasando de una mirada simplemente normativa a una de mayor sustantividad a través de la incorporación jurisprudencial.

Finalmente, merece destacarse los alcances que tiene esta interpretación para los sistemas normativos constitucionales e internacionales. El principal efecto de la incorporación de la normativa y jurisprudencia internacional como parte de los derechos fundamentales, es la utilización de esta construcción normativa internacional como un baremo de constitucionalidad, lo que permite el cumplimiento de las diferentes funciones de los derechos fundamentales con base en la construcción internacional. De esta forma, es interesante la legitimidad que adquiere el derecho internacional de los derechos humanos por vía de su incorporación formal y sustantiva en el ámbito interno. En este sentido, si los Estados no sólo incorporan las normas de derechos humanos en sus sistemas normativos, sino que lo hacen asignándoles el mayor rango constitucional y, además, adoptan el razonamiento expresado en la jurisprudencia internacional, lo que se está haciendo es legitimar por vía de la praxis constitucional el sistema internacional de derechos humanos, adoptando con mirada unitaria de los

sistemas de protección. Todo esto permite reconfigurar la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno desde una relación subsidiaria a una de mayor complementariedad.

#### **IV. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y CON LA EFICIENCIA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

A partir de los elementos ya analizados es posible extraer algunas conclusiones sobre las ventajas que presenta la visión desarrollada por la jurisprudencia constitucional en Latinoamérica. Se puede llegar a esta conclusión toda vez que esta vía argumental permite cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y, por tanto, lo libra de incurrir en responsabilidad internacional. Además, permite una mejor protección de los derechos en la aplicación de estos estándares en casos concretos.

##### **1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

Una concepción de la recepción constitucional más amplia, que abarque no sólo los derechos contenidos en el catálogo constitucional o en el texto constitucional, sino que se abra a los derechos consagrados internacionalmente -incluido en esto la interpretación que sobre los mismos formulan las instancias de control- permite una garantía de los derechos acorde con las obligaciones internacionales del Estado. En efecto, más allá de la discusión sobre la jerarquía de la normativa internacional, una figura como el “Bloque de Constitucionalidad” permite garantizar que en el ámbito interno se tendrá como un parámetro de constitucionalidad a los derechos humanos y por tanto, al resolver un caso la justicia constitucional tendrá en consideración los estándares internacionales. Además, al incorporar al “Bloque de Constitucionalidad” la jurisprudencia internacional, se asegura que los órganos jurisdiccionales internos (y todos los órganos del Estado) no hagan una interpretación de los derechos que entre en contradicción con los criterios desarrollados por los órganos que controlarán

internacionalmente el efectivo cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Asimismo, es claro que una interpretación que lleve al Estado a incurrir en responsabilidad internacional, como ocurrió con Chile en el caso de la *Ultima Tentación de Cristo*, no parece acorde con la necesaria obligación de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales de los Estados. Por tanto, no es solo una cuestión de encontrar una mejor concepción de la recepción constitucional de los derechos humanos, sino una que asegure el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

## **2. UNA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO**

Finalmente, una interpretación de la recepción constitucional que incorporara los estándares desarrollados por la jurisprudencia constitucional latinoamericana habría permitido una mejor garantía de los derechos acorde con una interpretación coherente del texto constitucional. La eficacia de los derechos en el ámbito interno supone una interpretación coherente de los derechos. Así, una interpretación de los derechos fundamentales que entre en contradicción con los derechos consagrados internacionalmente impide la plena efectividad de estos en el ámbito interno.

Al incorporar los instrumentos internacionales y la jurisprudencia que emana de sus órganos de control al concepto de derechos fundamentales, los sistemas nacionales permiten interpretaciones sistemáticas de los derechos fundamentales. Esto hace posible recurrir a diversas normas para cumplir con los objetivos propios de estos derechos, en particular, cumplir con su función de baremo de constitucionalidad y de derechos subjetivos iusfundamentales. Una visión parcializada de los derechos en dos sistemas que no operan coherentemente, disminuye las posibilidades de contar con un sistema que posea una lógica interna que permita una efectiva garantía de los derechos.

Esta aplicación unitaria de los derechos humanos facilita su efectividad interna. Es posible observar en la jurisprudencia constitucional analizada una incorporación sustantiva de la normativa internacional para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. Esta interpretación permite una aplicación integrada de los derechos fundamentales por parte de los órganos del Estado. En sede jurisdiccional constitucional esto implica que la resolución de cada caso es posible recurrir a los elementos que de mejor manera tutelen los derechos individuales, sean estos de consagración nacional o internacional. De esta forma, se supera una visión de dos sistemas no vinculados o relacionados solo subsidiariamente que corresponde a la aplicación actual de los sistemas normativos de derechos fundamentales.

## **V. APLICACION DE LA CONCEPCIÓN SOBRE RECEPCION CONSTITUCIONAL DE LAS NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO CHILENO**

Como cierre de este capítulo, desarrollaré los argumentos que permiten concluir que en Chile es perfectamente aplicable la concepción desarrollada por parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana sobre la recepción constitucional de la normativa internacional en materia de derechos humanos.

Tal como se ha señalado, la institución del Bloque de Constitucionalidad, desarrollada en el constitucionalismo europeo desde hace varias décadas, ha cobrado nuevos contornos en la jurisprudencia constitucional latinoamericana que permite un pleno cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y da eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Por tanto, es necesario analizar si esta concepción es aplicable en Chile.

En Chile, después de la reforma de 1989 al inciso 2 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 baremo de constitucionalidad y que obliga a

todos los órganos del Estado en virtud de lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución Política<sup>442</sup>. Revisemos el razonamiento que lleva a esta conclusión.

En Chile es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen un jerarquía supralegal<sup>443</sup>. La discusión sobre la jerarquía de las normas internacionales de derechos humanos empezó a plantearse como consecuencia de la enmienda introducida al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política del Estado, disposición que establecía: "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", y a la cual se le agregó la siguiente oración:

"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"<sup>444</sup>.

La enmienda del artículo 5.2 de la Constitución presenta varios problemas de interpretación. Los autores discuten sobre determinados aspectos de la misma<sup>445</sup>, a efectos de esta investigación me centraré solo en uno de estos aspectos<sup>446</sup>: analizaré la jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. Para este análisis, es necesario tener en consideración algunos antecedentes que ayudan a iluminar el problema: el contexto político existente al momento de la reforma y el objeto y propósito de la misma; las disposiciones sobre derechos humanos ya existentes en la Constitución de 1980; y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>442</sup> En este sentido se pronuncia Ruiz Tagle en un lúcido estudio, ver Ruiz-Tagle, 2006: 108-111.

<sup>443</sup> Un completo análisis de este punto, en particular del enfoque jurisprudencial, en Benadava, 1992: 9-59.

<sup>444</sup> El artículo 5 fue enmendado por el artículo único, No. 1, de la Ley de Reforma Constitucional No. 18.825, de 17 de agosto de 1989.

<sup>445</sup> Ver, Silva, 1990: 121-126; Nogueira, 1996: 341-380.

<sup>446</sup> Esta parte del trabajo está basada en C. Medina, *op. cit.*, nota 21.

En primer lugar, hay que recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como una bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado, con toda claridad, de la necesidad imperiosa de que existiera una garantía internacional que protegiera los derechos humanos cuando el Estado los violaba o se negaba a protegerlos. Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia, con autoridades elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley. En este contexto uno de los objetivos compartidos en la sociedad chilena era el asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable<sup>447</sup>. Por consiguiente, es evidente que la enmienda que se examina, en el texto producto de las negociaciones, tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

En segundo lugar, hay que tener presente que, antes de dicha enmienda, existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos<sup>448</sup>. Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba.

En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es un hecho producto exclusivamente de un sentir nacional, sino el

---

<sup>447</sup> En un documento preparado por una comisión técnica que actuó por encargo del partido Renovación Nacional (apartidaria del régimen militar) y de la Concertación de Partidos por la Democracia, se afirma que "la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos" y para ello, se proponen enmiendas, entre otros artículos, al artículo 5 de la Constitución de 1980, explicándose esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país. La redacción de la enmienda constitucional fue propuesta, como se advierte, fue más amplia que la aprobada. En efecto, no hubo consentimiento por parte del gobierno del General Pinochet para incluir en el artículo 5 todas las normas internacionales que consagran o garantizan derechos humanos, sino solamente las normas contenidas en tratados. No hay documentación sobre la razón de este cambio.

<sup>448</sup> Ver arts. 1, 5, 19, 20 y 21 de la Constitución.

resultado de un arrollador movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente los proponentes de la enmienda y aquéllos a los que les fue propuesta, estaban perfectamente conscientes y en el cual ellos se encontraban dispuestos a participar.

Un análisis cuidadoso del texto constitucional obliga a hacer una precisión: lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente tales, sino que el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido, como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir.

Si se examina atentamente la Constitución de 1980, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que "los derechos esenciales de la naturaleza humana" son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del propio texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como "tales derechos" (en clara alusión a la primera oración del inciso 2).

Está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció, tal como se dijo en el acápite anterior, a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en cómo se aplicaría la Constitución en el futuro. Por tanto, la enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución

de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos.

Otro argumento para sustentar esta conclusión está en el hecho de que las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba - por lo menos - en una misma categoría que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos. Esta incorporación tenía sentido puesto que los derechos consagrados en tratados internacionales no son necesariamente los mismos que los establecidos en el artículo 19 de la Constitución y porque, además, ellos se incorporan con un rico acervo jurisprudencial formado a lo largo de los años desde que empezaron a funcionar los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. La enmienda así entendida era un paso lógico y consecuente para hacer más efectiva la preponderancia de los derechos humanos frente al Estado y para reflejar la igualdad de los derechos humanos, dondequiera que ellos estuvieren consagrados.

Algunos sectores, entre ellos el Tribunal Constitucional<sup>449</sup>, no aceptan esta interpretación. Su argumento se basa, fundamentalmente, en que la Constitución no alteró las normas de aprobación de los tratados para prepararlos para su ratificación - que es la única regulación sobre el punto - lo que conduciría, por la incorporación automática a la Constitución de los derechos humanos de los tratados, a una posible reforma de la Constitución por un procedimiento diferente y menos oneroso que el que ésta prevé. Esto los lleva a afirmar, apoyados en el artículo 50.1, que "los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa"<sup>450</sup>. Esta posición, no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se funda sólo sobre la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento. No es difícil rebatirla teniendo presente que no existe un dogma que establezca que las

---

<sup>449</sup> En este sentido ver la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, ver Tribunal Constitucional, 8 de Abril de 2002, rol No. 346.

<sup>450</sup> Fernández, 1989: 818.

constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o naturaleza de lo que se quiere modificar<sup>451</sup>. En este caso, existen razones poderosas para sostener que es explicable que una constitución disponga un procedimiento de enmienda diferente cuando ella se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o a una ampliación de derechos humanos ya existentes. Si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso para incorporar nuevos derechos humanos, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquél que se utiliza para el resto de las normas constitucionales.

Por tanto, a partir de la reforma de 1989 es posible sostener en Chile que los derechos y libertades consagrados en las normas internacional, así como las obligaciones generales y el acervo jurisprudencial, constituyen un “Bloque de Constitucionalidad” que debe servir como baremo de constitucionalidad y que obliga a todos los órganos del Estado en virtud de lo preceptuado en el artículo 6 de la Constitución Política. De esta forma, el catálogo de derechos fundamentales en la actual Constitución Política es más amplio que el proyectado por sus redactores originales.

Por tanto, el caso sobre la película *La Última Tentación de Cristo*, se podría haber resuelto en la instancia nacional si los tribunales chilenos, al conocer del asunto, hubiesen aplicado una concepción de los derechos fundamentales que incluyera dentro de la idea de la recepción constitucional a las normas internacionales. De esta forma, se pudo haber resuelto en el siguiente sentido:

(a) a partir de la reforma constitucional de 1989 se incorporaron los derechos consagrados en los tratados sobre derechos humanos vigentes en Chile como límites de la soberanía.

---

<sup>451</sup> Ver en este sentido, Nogueira, 1996: 343-345.

(b) De esta forma, el derecho a la libertad de expresión no puede ser objeto de una limitación distinta a aquellas establecidas por los instrumentos internacionales vigentes en Chile (art. 13 de la CADH).

(c) Al haber dos normas constitucionales en conflicto (art. 19 de la Constitución de 1980 y el art. 13 de la CADH) se debe optar por las normas internacionales que en materia de restricción de derechos establecen un límite infranqueable al derecho interno -incluida la normativa constitucional. A mayor abundamiento, es claro que en un caso de conflicto como el planteado, no es posible preferir una interpretación que implica la supresión de un derecho (libertad de expresión) que es precisamente el efecto que tiene la censura previa. Toda interpretación en esta materia debe ser *pro persona*, esto implica que en caso de duda de la norma aplicable debe preferirse aquella que de mejor manera garantice los derechos humanos y si aplicamos a este efecto el principio de proporcionalidad característico del juicio de ponderación analizado *supra*, veremos que una medida como la censura previa no es proporcional en tanto afecta de manera desmedida un derecho (supresión total del mismo) lo que no es posible hacer con una norma iusfundamental.

(d) Por tanto, debe primar la normativa que establece que la censura previa es incompatible con la Constitución chilena, conforme lo preceptuado en los arts. 5, 6 y 19 de la Constitución, en concordancia con el art. 13 de la CADH.

A partir de algunos casos recientes vinculados con crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, es posible observar una cierta tendencia a ampliar la concepción de derechos fundamentales que había sido sostenida tradicionalmente por nuestra jurisprudencia constitucional. De este modo, en algunos casos resueltos por la Corte Suprema, es posible observar una aceptación de las consecuencias de la reforma de 1989 en materia de derechos fundamentales que va en el sentido de lo planteado en esta tesis<sup>452</sup>. Es de esperar que este razonamiento se mantenga.

En el mismo sentido, esperanzador, podemos ubicar una sentencia reciente del Tribunal Constitucional chileno en la cual analizó la compatibilidad de una reforma legal con la Convención de Derechos del Niño<sup>453</sup>. Tanto en la presentación del recurso de inconstitucionalidad, como en la argumentación del Tribunal se hace referencia al vínculo entre el art. 5 inc. 1 de la Constitución y los derechos consagrados en la Convención de Derechos del niño.

El tribunal señala respecto al análisis que debe efectuar:

“Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 N° 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos”<sup>454</sup>.

Esto nos permite concluir que el Tribunal, al menos, ha considerado que de acuerdo con lo preceptuado en el art. 5 inc. 1 de la Constitución, los derechos contenidos en el instrumento internacional pasan a ser parte del Bloque de Constitucionalidad que es necesario tener en consideración a la hora de determinar la constitucionalidad de las leyes. Esto sin duda constituye un avance respecto de la jurisprudencia de 2002 (citar xxx) en la cual interpretó que los tratados de derechos humanos tenían un valor infraconstitucional, sin más.

---

<sup>452</sup> Corte Suprema, *caso Sandoval*, rol 517-2004, sentencia 17 de noviembre de 2004; Corte Suprema, *caso Vásquez y otros*, rol 559-2004, sentencia de 13 de diciembre de 2006.

<sup>453</sup> Tribunal Constitucional chileno, sentencia 13 de junio de 2007, considerandos 25-33.

<sup>454</sup> *Ibidem*, considerando 25.

En síntesis, los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional latinoamericana analizada sobre la recepción constitucional de la normativa internacional en materia de derechos humanos, son perfectamente aplicables en Chile a la luz del actual texto constitucional. Esta interpretación permitiría cumplir con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y además, le da plena eficacia a los derechos humanos en el ámbito interno.

---

**CAPITULO VI. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES**

---



Comenzaré este capítulo describiendo los hechos centrales de dos casos en los que los tribunales superiores de justicia de Chile resolvieron en forma contradictoria las acciones de protección interpuestas en beneficio de personas privadas de libertad. Estos casos me permitirán discutir acerca del último de los elementos del concepto de derechos fundamentales, cual es, las funciones de los derechos fundamentales como elemento validador de la actividad del Estado respecto de los individuos.

El objetivo de este capítulo es demostrar que la institución del “estado de cosas inconstitucional” amplía los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional europea en materia de garantía de las funciones propias de los derechos fundamentales y mejora la garantía de las funciones tradicionalmente asignadas a los derechos fundamentales. Además, se busca probar que esta institución configura una concepción de los derechos fundamentales que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en casos de violaciones estructurales de derechos humanos y da eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Finalmente, demostraré que esta concepción es perfectamente aplicable en Chile a la luz del texto constitucional vigente.

Para lograr los objetivos planteados, analizaré los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la situación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, a fin de determinar la compatibilidad de las soluciones nacionales con las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia. Enseguida, analizaré los criterios elaborados por la jurisprudencia constitucional europea sobre las funciones de los derechos fundamentales y reseñaré sus principales mecanismos de garantía. A continuación estudiaré la figura del “estado de cosas inconstitucional” desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana. Este análisis me permitirá configurar la concepción sobre la garantía efectiva de las funciones propias de los derechos fundamentales que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y da eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno del Estado. Con base en esta interpretación desarrollaré el razonamiento que debieron seguir los tribunales nacionales sobre la base de dicha

concepción para resolver adecuadamente los casos planteados al inicio de este capítulo.

## I. CASO CARCELES EN CHILE

No hay duda que uno de los problemas más complejos en nuestras sociedades es la situación en que viven las personas privadas de libertad. A continuación voy a resumir dos casos en que los tribunales chilenos debieron resolver acciones constitucionales relativas a las condiciones de vida en las cárceles chilenas. En uno de ellos se acogió un recurso constitucional de amparo (tutela) y en el otro fue rechazado.

El primer caso, es una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2002<sup>455</sup>. Esta sentencia acogió un recurso de protección (consagrado en el art. 20 de la Constitución Política<sup>456</sup>) relativo a la situación de maltrato sufrido por un grupo de menores de 18 años privados de libertad en una prisión del Sur de Santiago. De la sentencia se desprende que el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, a pesar de ser un recinto destinado a internos adultos recibía, desde octubre de 1997, niños declarados con discernimiento para ser juzgados y procesados<sup>457</sup>. Con motivo de un

---

<sup>455</sup> Corte de apelaciones de Santiago, rol N° 53.423-2002, de 17 de septiembre de 2002.

<sup>456</sup> La acción de protección en la constitución chilena está establecida en los siguientes términos. 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 cuarto, 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 cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera 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).

<sup>457</sup> De acuerdo con la legislación procesal penal vigente a la época, aquellos jóvenes mayores de 16 años y menores de 18 que habían cometido hechos que pudieran ser constitutivos de delito, debían ser objeto de un proceso para determinar si habían actuado con discernimiento y de esta forma determinar si podían ser procesados penalmente.

altercado entre los menores el día 26 de agosto de 2002 se les lanzó gas lacrimógeno a la cara, siendo golpeado el menor JP por el cabo V y tratado con violencia por el sargento VI, aplicándose la sanción de encierro en celda solitaria por cinco días a los menores AC, CR y CA. Esta sentencia establece que el traslado de los menores a los tribunales se realiza en los mismos carros que los internos adultos.

Al resolver el caso, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección interpuesto, señalando que los hechos denunciados constituían una violación a las garantías constitucionales. Asimismo, el tribunal ordenó adecuar “la medida cautelar de la prisión preventiva a las disposiciones internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>458</sup> fundándose en la Convención de Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Liberta, incorporadas a la normativa interna de Gendarmería<sup>459</sup>.

El segundo caso corresponde a un recurso de protección rechazado por la Corte Suprema<sup>460</sup>. El recurso fue interpuesto a favor de los internos reclusos en el interior de la calle 11 del Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, en contra del Director Nacional de Gendarmería y del Ministro de Justicia. El fundamento de la acción fue la existencia de dos informes relativos a la mencionada Calle 11, emanados de la Sra. Fiscal de la Excma. Corte Suprema y del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, y que se hicieron públicos con posterioridad. En ellos se establecía que los internos reclusos en la sección indicada, se encontraban durmiendo a la intemperie, sin un techo que los cobijara, en improvisadas carpas de plásticos y frazadas hechas por ellos, sin catres ni frazadas que los protegieran del frío, en condiciones paupérrimas de salubridad e higiene y con un espacio físico que les impedía cualquier posibilidad de desplazamiento, lo que acrecentaba los problemas derivados del encierro. El recurso

---

<sup>458</sup> *Ibidem*, considerando 10.

<sup>459</sup> Decreto Supremo No. 553, del 7 de junio de 2001.

<sup>460</sup> Corte Suprema, Rol 3333-2006, de 15 de enero de 2007.

fue interpuesto por una Fundación cuyo trabajo a favor de las personas privadas de libertad es reconocida en el país.

El recurso se rechazó por varias razones. A juicio de la Corte había sido interpuesto fuera del plazo de quince días que establece el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema<sup>461</sup>. Por otra parte, según el tribunal, las circunstancias denunciadas habían ocurrido desde hace años, por lo que el recurrente conocía la situación perfectamente y, aun más, la superación de los problemas denunciados constituía prácticamente uno de los objetivos de la Fundación a la que pertenece el recurrente (considerando 1°).

Además, la Corte Suprema rechaza el recurso atendido el hecho que “las situaciones denunciadas, en concepto de esta Corte, exceden el ámbito propio del recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución Política de la República”. Si bien la situación deficitaria al interior de las cárceles es real, “no es coyuntural, se arrastra de épocas pasadas y si bien corresponde al Estado velar por mejorar esas condiciones, deben tenerse en cuenta que las necesidades de un país en vías de desarrollo son múltiples y los recursos son siempre limitados, de modo que son muchas las áreas que requieren de mayores inversiones, lo que ciertamente es atribución del Gobierno en conjunto con el Congreso, priorizar y fijar como política general o sectorial”. Por tanto, a juicio de la Corte “no es posible referir las señaladas situaciones que originan estos recursos, a un acto u omisión preciso y determinado que, por tanto, pueda dar lugar a la adopción de medidas judiciales concretas tendientes a superarlas”. Esto es vinculado por la Corte con el recurso constitucional en los siguientes términos: “[E]l artículo 20 de la Constitución que consagra el recurso que nos ocupa, habla de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, en cuya virtud el titular sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que menciona, de suerte que no basta una situación deficitaria, como la que existe en nuestro sistema penitenciario, sino que se requiere de actos perfectamente

---

<sup>461</sup> Es interesante en esta materia tener presente que la regulación de la acción de protección establecida por la Constitución fue desarrollada 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). Analizaremos los alcances de esta regulación restrictiva de la acción constitucional *infra* V.1 en este capítulo.

singularizados que importen la arbitrariedad o la ilegalidad, por parte de una autoridad en desmedro de esos derechos. De lo contrario, cualquier situación y ya no una actuación, que no permitiera el normal desenvolvimiento de un derecho o que implique algún grado de negación o de dificultad en su concreción, y con prescindencia de todo factor o elemento de su entorno, podría llegar a ser objeto de la acción de protección, lo que pugna con la naturaleza del mismo” (considerando 2°).

\* \*  
\*

Estos casos permiten tener una visión de cómo los tribunales chilenos han entendido la función de los derechos fundamentales en tanto criterio de validez de la actuación del Estado respecto de los individuos. Es claro que en el primer caso se establecen límites a los agentes encargados de las personas privadas de libertad. Sin embargo, no hay pronunciamiento sobre algunas medidas que el Estado debe implementar en cumplimiento de las obligaciones positivas que ha adquirido, especialmente en lo relativo a dar plena garantía al derecho a la vida e integridad personal de las personas en reclusión, en especial por tratarse de niños. Por otro lado, el caso relativo al recurso rechazado evidencia el formalismo que prima en los tribunales chilenos y la visión estrecha de la acción de amparo como medio idóneo para cumplir efectivamente con la función de garantía de los derechos fundamentales en Chile.

A continuación analizaré los criterios desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas privadas de libertad. Estos criterios servirán como parámetro para analizar la jurisprudencia constitucional comparada.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACION DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Si bien la situación de las cárceles en Chile no ha sido una cuestión ventilada en instancias internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reiterada en esta materia. A continuación procederé a resumir algunos de los principales criterios que ha establecido la Corte Interamericana en su jurisprudencia y que pueden ser de relevancia al caso chileno.

En primer lugar la Corte ha señalado la obligación del Estado de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, en particular porque estas se encuentran en una situación de vulnerabilidad:

“7. Que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad en centros penitenciarios o de detención, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas. Además, “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”<sup>462</sup>.

---

<sup>462</sup> *Caso Asunto del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*, Medidas Provisionales. Resolución de 02 de febrero de 2007, párr. 7. En el mismo sentido, ver: *Caso el Internado Judicial de Monagas (“La Pica”)*. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004, párr. 11; *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006, párr. 9; *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, párr. 7; *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005, párrs. 7 y 11; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159.

El Estado, en atención a su condición de garante de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y como responsable final de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos:

“Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna”<sup>463</sup>.

El vínculo entre las condiciones carcelarias y el artículo 5 de la Convención Americana (relativa a la integridad personal) ha sido desarrollado por la Corte en los siguientes términos:

“De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal”<sup>464</sup>.

En la sentencia del *Caso Instituto de Reeducción del Menor*<sup>465</sup> la Corte desarrolla algunos aspectos concretos de las obligaciones del art. 5 de la CADH. A su juicio, si las condiciones de vida material no satisfacen ciertos estándares mínimos, pueden afectar la “salud mental” de las personas reclusas y, de esta forma, provocar

---

<sup>463</sup> *Caso Lori Berenson*, párr. 102, en el mismo sentido, *Caso Penal Castro y Castro*, párr. 314 y ss.; *Caso Tibi*, párr. 150; *Caso Bulacio*, párr. 126.

<sup>464</sup> *Caso Lori Berenson*, párr. 102.

<sup>465</sup> *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, seguido en contra de Paraguay, relativo a las condiciones penitenciarias en una cárcel para menores de edad. En esta se produjeron una serie de incendios que costaron la vida de algunos de los niños privados de libertad en dicho centro.

responsabilidad internacional del Estado por afectación a la integridad psíquica de las personas<sup>466</sup>. En el *Caso Tibi*<sup>467</sup>, la Corte reitera este razonamiento y señala que la situación personal de las personas privadas de libertad se enmarca en el ámbito del art. 5.2 de la CADH y, por tanto, se consagra el derecho de toda persona “a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal”<sup>468</sup>, derecho que se encuentra íntimamente ligado con las condiciones de vida del detenido<sup>469</sup>.

Formuladas estas consideraciones generales, corresponde analizar ciertas cuestiones particulares que la Corte entra a conocer en sus sentencias, cuales son, la prohibición de ciertos castigos, la separación entre procesados y condenados, el derecho a atención médica de las personas privadas de libertad y la obligación de investigar en caso de denuncia de malos tratos o torturas sufridas por los detenidos.

La Corte no sólo ha señalado la prohibición de cierta clase de castigos, como el aislamiento, maltrato e incomunicaciones, sino que sostiene que constituye una violación del art. 5 el solo hecho de verse bajo la amenaza seria de sufrir dichas formas de castigo<sup>470</sup>. Amplía, de esta forma, los hechos a través de los cuales el Estado puede incurrir en responsabilidad.

En relación con la obligación establecida en el artículo 5.4 del Pacto de San José, la Corte señala en el *Caso Tibi*, que “[en el caso] no había un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario en donde estuvo recluso el señor Tibi y que por esta razón se vio en la necesidad de convivir con sentenciados y quedó expuesto a

---

<sup>466</sup> *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 168.

<sup>467</sup> *Caso Tibi*, seguido en contra de Ecuador por la detención de un ciudadano francés acusado de narcotráfico.

<sup>468</sup> *Caso Tibi*, párr. 150. En el mismo sentido ver *Caso Bulacio*, párr. 126; y *Caso Cantoral Benavides*, párr. 87.

<sup>469</sup> *Caso Tibi*, párr. 150. Ver en este sentido, *Caso Cantoral Benavides*, párrs. 85 al 89; y *Caso Loayza Tamayo*, párr. 58.

<sup>470</sup> *Caso Penal Castro y Castro*, párr. 279; *Caso Instituto de Reeducación del Menor*, párr. 167.

mayor violencia” y por tanto, la “falta de separación de reclusos descrita” implica una violación del artículo 5.4 de la CADH<sup>471</sup>.

Respecto de la obligación del Estado de brindar atención médica a los detenidos, la Corte establece en la sentencia del *Caso Tibi* algunas particularidades de este derecho. Entiende que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5 de la CADH, “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera”. De la misma forma, el Estado debe garantizar que “los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal”<sup>472</sup>. En su análisis, la Corte va más allá y señala expresamente que una deficiente atención médica de un detenido, en caso de requerir de un “tratamiento o atención médica adecuada y oportuna”, implica una violación del artículo 5 de la CADH<sup>473</sup>.

Finalmente, la Corte se refiere a la obligación del Estado de investigar aquellos casos en que pueda estarse ante una situación de malos tratos o de tortura<sup>474</sup>. Funda dicha obligación en el artículo 1.1 en concordancia con el art. 5, ambos de la CADH, ya que “el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana”<sup>475</sup>. Al efecto, el solo hecho que la persona privada de libertad presente lesiones en el período en que ha estado bajo custodia directa del Estado es “motivo suficiente para que las autoridades competentes iniciaran, de oficio, una investigación sobre lo ocurrido a éste”<sup>476</sup>.

---

<sup>471</sup> *Caso Tibi*, párr. 158.

<sup>472</sup> *Ibidem*, párr. 156. En el mismo sentido, ver *Caso Bulacio*, párr. 131.

<sup>473</sup> *Caso Tibi*, párr. 157.

<sup>474</sup> Por todos, ver *Caso Penal Castro y Castro*, párrs. 343-348.

<sup>475</sup> *Caso Tibi*, párr.159.

<sup>476</sup> *Idem*.

### **III. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS MECANISMOS DE GARANTIA**

El constitucionalismo europeo ha avanzado en la configuración de estas funciones y estas han sido adoptadas por los sistemas constitucionales latinoamericanos. Donde hay una experiencia jurisprudencial interesante es en Colombia donde se ha hecho un interesante esfuerzo por mejorar la garantía de las funciones asignadas a esta categoría de derechos. El objetivo de este capítulo es estudiar una institución particular desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana: el estado de cosas inconstitucional. Pretendo demostrar que esta institución mejora la garantía de las funciones tradicionalmente asignadas a los derechos fundamentales y amplía la forma tradicional de entender las funciones de los derechos fundamentales en cuanto criterio de validación del ejercicio del poder del Estado.

Es compartida la idea de que los derechos fundamentales cumplen una doble función como criterios de validación del ejercicio del poder estatal respecto de los individuos. Por un lado una función objetiva, en cuanto se les asigna un papel como elemento legitimador tanto del sistema jurídico como del sistema político democrático. Por otro lado, cumplen una función subjetiva, en tanto tienen un rol en la protección del mandato normativo contenido en dicho estándar normativo.

A continuación analizaré estas funciones y los mecanismos de garantía. Con base en estos antecedentes entraré al análisis de la figura del “estado de cosas inconstitucional” desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana. Este análisis me permitirá concluir que esta institución permite garantizar los derechos fundamentales en casos de vulnerabilidad y con ello se da plena eficacia a las funciones propias de los derechos fundamentales.

## 1. FUNCION OBJETIVA Y SUBJETIVA: EXPERIENCIA EUROPEA (ALEMANIA Y ESPAÑA)

### 1.1. La función objetiva

En la medida en que los Estados hagan un efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, se legitiman los sistemas políticos y jurídicos. A partir de esta visión es posible sostener que los derechos fundamentales tienen un rol como “principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho”<sup>477</sup>. A continuación, analizaré el alcance de esta función objetiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana y española.

La función objetiva de los derechos fundamentales implica que estos funcionan como principios objetivos del orden constitucional, llegando a ser hoy, en la doctrina alemana, fundamento del sistema jurídico en su conjunto<sup>478</sup>. En este sentido, los derechos fundamentales crean un “estándar constitucional” unitario de derechos y principios que fundan una homogeneidad y así, pertenece a los fundamentos del federalismo alemán<sup>479</sup>.

El Tribunal Federal Alemán, en una sentencia de 1958, se pronunció sobre el alcance de los derechos fundamentales. Esta sentencia sigue siendo la base del sistema alemán en materia de función objetiva de los derechos fundamentales. En este caso, conocido como el *caso Lüth*, el Tribunal señaló que los derechos fundamentales no sólo cumplen un rol subjetivo, sino también objetivo, en tanto que con estos derechos “se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho”<sup>480</sup>. Tal como señala HESSE esta interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional

---

<sup>477</sup> Hesse, 1996: 90, 92.

<sup>478</sup> Hesse, 1996: 91.

<sup>479</sup> Hesse, 1996: 92.

<sup>480</sup> *Caso Lüth*, sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958, traducción Marcela AnzolaGil, publicada en Schwabe, 2003: 132.

“refuerza la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Tal sistema de valores que tiene como núcleo la personalidad humana y su dignidad en el seno de una comunidad social, en cuanto decisión constitucional fundamental tiene validez en todos los ámbitos del Derecho; es decir, despliega directrices e impulsos al legislador, a la Administración y a la Jurisdicción”<sup>481</sup>.

Un argumento en el mismo sentido lo provee la doctrina constitucional española. TOMAS Y VALIENTE sostiene que los principios que inspiran el texto constitucional son constitutivos de una “justificación ética del Estado” y éstos se vinculan directamente con los derechos positivizados en la Constitución, a través de la idea de la “dignidad de la persona”<sup>482</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 21/81, tuvo un pronunciamiento sobre la función objetiva de los derechos fundamentales que ha marcado el debate en el ordenamiento jurídico español. Es necesario tener en consideración, para entender el alcance de esta sentencia, que se trata de los primeros fallos del Tribunal Constitucional sobre la base de la nueva Constitución de 1978 y, por tanto, la idea de reforzar el rol de los derechos fundamentales era un aspecto central en el desarrollo jurisprudencial. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la función que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, sosteniendo que los derechos fundamentales constituyen un elemento esencial del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional<sup>483</sup>. El Tribunal señala:

“No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y

---

<sup>481</sup> Hesse, 1998: 107.

<sup>482</sup> Tomás y Valiente, 1993: 150, 152, 166.

<sup>483</sup> Un interesante análisis en, Tomás y Valiente, 1993: 153, 168.

que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico” (considerando 10°).

Más adelante, en el mismo año 1981, con motivo de un recurso de inconstitucionalidad, la Corte señala en la sentencia STC 25/1981, que los derechos fundamentales:

“son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”<sup>484</sup>.

Posteriormente amplía esta idea:

“En cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen, por así decirlo, una vinculación directa entre los

---

<sup>484</sup> STC 25/1985, considerando 8.

individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna<sup>485</sup>.

Concluye su análisis el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto)”<sup>486</sup>.

De esta forma, el Tribunal Constitucional atribuye a los derechos fundamentales una función objetiva, que dice relación con todo el sistema político y jurídico, donde los derechos fundamentales son la base del ordenamiento jurídico consagrado en el texto constitucional. Asimismo, vincula la función objetiva de los derechos fundamentales con el sistema político democrático, con el Estado de Derecho y, finalmente, le atribuye un rol legitimador del sistema jurídico español.

También es interesante el rol que cumplen, o bien, se le asigna a los derechos fundamentales como legitimadores del sistema político. En el caso español, al inicio de la transición política desde el sistema dictatorial franquista a la democracia, los derechos fundamentales no sólo sirvieron como un límite a la acción de los órganos del Estado y como guía de la acción del Estado en cumplimiento de ciertas obligaciones,

---

<sup>485</sup> STC 25/1985, considerando 9.

<sup>486</sup> Tribunal Constitucional, sentencia STC 25/1981, considerando 5°.

sino que también cumplieron un rol relevante para dar legitimidad al sistema constitucional y en particular al sistema democrático<sup>487</sup>.

## 1.2. Función Subjetiva

Este es el sentido clásico en que se ha entendido la función de los derechos fundamentales. Estos deben ser capaces de dar una efectiva protección a los derechos subjetivos de los individuos, ya que estos 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) el establecimiento de procedimientos para la protección judicial y administrativa; y c) por vía interpretativa irradiando el contenido de todo el ordenamiento jurídico.

La función subjetiva de los derechos fundamentales también ha sido abordada por la doctrina alemana. Uno de los autores más influyentes, HESSE, ha señalado que los derechos fundamentales “deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana”<sup>488</sup>. En su función subjetiva los derechos fundamentales buscan prevenir los ataques del Estado a la esfera de existencia individual, lo que podría ser considerado como una función negativa en cuanto límite a la actividad estatal. Por otra parte, los derechos fundamentales

---

<sup>487</sup> “En la línea de las anteriores consideraciones, es preciso tener en cuenta que la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el **fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto...**”.

En el mismo fallo: “En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”, Sentencia STC 25/81, (destacado mío).

<sup>488</sup> Hesse, 1996: 90.

comprenden la necesidad de desarrollar acciones positivas por parte del Estado, que permitan a las personas hacer uso de su libertad. Esta obligación positiva permite el surgimiento de la idea de la participación<sup>489</sup>.

En el derecho constitucional español se ha reconocido, por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el rol que cumplen los derechos fundamentales en cuanto “derechos subjetivos” de los individuos<sup>490</sup>. Según PECES-BARBA, esta función subjetiva es amplia e implica un contenido protector, participativo y promocional<sup>491</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha recogido esta faz subjetiva de los derechos fundamentales. En una sentencia del año 1981, sobre un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional señaló que “... los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”<sup>492</sup>.

Esta función subjetiva supone una visión de los derechos fundamentales como barrera que busca prevenir los ataques del Estado a la esfera de existencia individual. Asimismo, implica una actividad positiva del aparato estatal, que permite a las personas hacer uso de su libertad en condiciones de igualdad<sup>493</sup>.

## **2. MECANISMOS DE GARANTÍA**

Las funciones de los derechos fundamentales no pueden quedar desligadas de su efectiva realización. No tiene sentido asignar una serie de funciones a estos derechos

---

<sup>489</sup> Hesse, 1996: 90-91.

<sup>490</sup> Tomás y Valiente, 1993: 153-5.

<sup>491</sup> Peces-Barba, 1999: 415, 423-6.

<sup>492</sup> STC 25/1985, considerando 5.

<sup>493</sup> Hesse, 1996: 90-1.

en un sistema normativo si no se establecen mecanismos que hagan efectiva su vigencia. Por tanto, los mecanismos de garantía son parte esencial de la concepción de derechos fundamentales propia del constitucionalismo contemporáneo.

En primer lugar voy a tratar el tema de las garantías nacionales y luego formularé algunas consideraciones acerca de la garantía de los derechos fundamentales en sede internacional, principalmente, cuál es el alcance de esta protección en el ámbito interno.

## **2.1. Garantías nacionales**

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

En el caso de las garantías jurisdiccionales estas, conceptualmente, debieran verse reflejadas no solo en los órganos y procedimientos (principalmente recursos y procedimientos jurisdiccionales), sino que también en las prácticas jurisprudenciales. Reseñaré a continuación la forma en que se ha resuelto este tipo de garantía en Alemania y España.

En el caso alemán, las garantías jurisdiccionales otorgan al poder judicial un rol relevante en la garantía de los derechos fundamentales. El texto constitucional de 1949 consagra su protección por parte de los tribunales de justicia y compete a todos

los tribunales su debida protección en todo proceso judicial (art. 1.3)<sup>494</sup>. En última instancia, su protección será competencia del Tribunal Constitucional<sup>495</sup>.

En España hay dos procedimientos destinados a la protección de los derechos fundamentales. Ellos se encuentran regulados en el art. 53.2 de la Constitución española<sup>496</sup>. Por una parte, está la posibilidad de recurrir ante los tribunales a través de un procedimiento “basado en los principios de preferencia y sumariedad”. Este procedimiento está dirigido a la protección de algunos derechos (aquellos consagrados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, más el principio de igualdad). Este recurso está regulado actualmente por el art. 114 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (1998), bajo la figura del “amparo judicial”. Por otra parte, el segundo procedimiento destinado a la protección de derechos fundamentales es el “recurso de amparo” ante el Tribunal Constitucional (regulado por los artículos 53.2, 161.1.b) y 162.1.b) de la Constitución española). Este recurso está destinado a la protección de los mismos derechos del amparo judicial más el derecho de objeción de conciencia<sup>497</sup>. Este es un recurso extraordinario (solo procede para la protección de derechos fundamentales) y subsidiario (opera solo cuando ha fallado la protección ordinaria por parte de los tribunales)<sup>498</sup>.

---

<sup>494</sup> Hesse, 1996: 112-113.

<sup>495</sup> Artículo 4.a) de la Constitución de 1949 que fija la competencia del Tribunal constitucional para conocer: “sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104”.

<sup>496</sup> Artículo 53.2 de la Constitución: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

<sup>497</sup> Se debe tener presente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido pragmática en cuanto a la competencia en razón de la materia y ha excluido ciertos derechos y no se ha cerrado a la protección de otros distintos a los consagrados en estas normas constitucionales, ver Díez Picazo, 2005: 84.

<sup>498</sup> Sobre la naturaleza de este recurso el Tribunal Constitucional español ha señalado Tribunal Constitucional ha que este recurso “no es una instancia de revisión del Derecho aplicado por los Jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de la casación” (Auto del TC --en adelante ATC-- 106/1980, de 26 de noviembre). Se trata, “de un procedimiento especial para el reconocimiento y restablecimiento de derechos fundamentales reconocidos y amparados por la Constitución, vulnerados incluso por actos judiciales, pero dejando en este caso bien a salvo el conocimiento de los hechos que dieron lugar al proceso y en cuya consideración no puede entrar el Tribunal Constitucional”, citado en Fernández; 2005.

## 2.2. Garantía Internacional

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

Los mecanismos jurisdiccionales dicen relación con la posibilidad de proteger los derechos humanos a través de mecanismos de control internacional por medio de un proceso contencioso internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de estos. Si bien la responsabilidad internacional del Estado surge al violarse alguno de los derechos establecidos internacionalmente, el mecanismo procedimental internacional, en general, es subsidiario de la instancia nacional; sólo de forma excepcional tendrá un carácter preferente. El principio del agotamiento de los recursos internos recoge esta idea. Será condición previa a la internacionalización de un caso que este sea visto por la instancia nacional<sup>499</sup>. Sólo excepcionalmente la persona tiene la posibilidad de dirigirse directamente ante la instancia internacional<sup>500</sup>. Esto ocurrirá en aquellos casos en que no es posible hacerlo ante la instancia nacional, sea por imposibilidad material o por imposibilidad práctica.

---

<sup>499</sup> Medina y Nash, 2003: 29, 37. Para un estudio comparado ver Cançado, 1983: 1-443.

<sup>500</sup> El caso europeo es interesante toda vez que desde la reforma a la Convención del año 1998, es posible que las personas se dirijan directamente ante la Corte para plantear un caso contra un Estado signatario. Este acceso directo a una instancia internacional es relevante desde el punto de vista del sistema de garantía jurisdiccional internacional y, asimismo, desde el punto de vista de los individuos como sujetos de derecho internacional.

### **3. LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU GARANTÍA JURISDICCIONAL: LA EXPERIENCIA COLOMBIANA**

En la jurisprudencia constitucional latinoamericana, esta doble función de los derechos fundamentales ha sido aceptada. Pero lo interesante ha sido el desarrollo de ciertos mecanismos institucionales, particularmente en Colombia, que han dado una nueva perspectiva a estas funciones<sup>501</sup>. A continuación revisaré la institución del “estado de cosas inconstitucional” en Colombia como la expresión más interesante de las funciones de los derechos fundamentales y la implementación de mecanismos para un efectivo cumplimiento de estas funciones generales.

#### **3.1. Aspectos Generales**

Cuando se estudian las funciones que han sido asignadas a los derechos fundamentales y cuáles son los mecanismos que ha diseñado el constitucionalismo comparado para hacer frente a estas funciones, surge una situación particular que se ha desarrollado desde el año 1998 en el constitucionalismo colombiano, en particular en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Me refiero a la institución del "estado de cosas inconstitucional".

La Corte Constitucional es el órgano que la Constitución establece como cabeza de la jurisdicción constitucional. Esta Corte conoce de manera exclusiva los asuntos de constitucionalidad que le confía la Constitución y establece, en su condición de

---

<sup>501</sup> En términos generales esta distinción ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional latinoamericana; a modo de ejemplo, podemos citar al Tribunal Constitucional peruano quien ha señalado: “La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”, Sentencia 3330-2004-AA, considerando 9.

intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución<sup>502</sup>.

La Corte Constitucional fue creación de la Constitución de 1991. La ley 270 de 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia” regula el funcionamiento de dicha Corte. Según esta ley, este Tribunal ejerce la “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política” (art. 43).

Hay dos procedimientos que destacan en Colombia: la acción de inconstitucionalidad y la acción de tutela. Respecto de la acción de inconstitucionalidad, la Constitución de 1991 mantuvo una tradición muy arraigada en Colombia, cual es el establecimiento de una acción pública de inconstitucionalidad, esta vez, como parte de las competencias de la Corte Constitucional (art. 241 N°4). La Corte, además, revisa de oficio la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional en cualquiera de los estados de excepción. En estos procedimientos puede intervenir cualquier ciudadano.

La Constitución de 1991 regula en detalle la **acción de tutela** de los derechos consagrados en el texto fundamental. Así, dispone que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. En cuanto al objetivo de la protección, la Constitución señala que esta “consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”; el fallo será de inmediato cumplimiento y podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. La acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice

---

<sup>502</sup> Osuna, 2002: 319-325.

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Se regula incluso el plazo para la resolución: “[E]n ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”. Este artículo 86 dispone que “[L]a ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. El artículo 87 dispone que “[T]oda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo”, lo que tendrá como resultado, en caso de prosperar la acción, una “sentencia [que] ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Finalmente, en el artículo 89 de la Constitución se dispone que “[A]demás de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

En cuanto a las formalidades para la procedencia de la acción de tutela, es interesante cómo la Corte Constitucional va dando una mejor interpretación del recurso vinculándolo a las situaciones concretas de desprotección en que se encuentran las personas y a la necesidad de ir desformalizando las condiciones para su procedencia<sup>503</sup>.

Otra cuestión interesante es la posición que ha adoptado la Corte Constitucional para determinar la procedencia de la acción de tutela. Si bien esta acción ha sido definida en el derecho colombiano como una acción procedente solo en caso que no exista otra

---

<sup>503</sup> “Por lo tanto, no podían los jueces de instancia declarar improcedente la acción de tutela presentada por estas asociaciones en nombre de los desplazados, amparándose en una interpretación excesivamente formal que no se compadece del carácter informal de la acción de tutela y de la situación de desamparo en que se encuentra miles de colombianos, sin examinar en cada caso concreto el cumplimiento de estos tres requisitos (1) que se haga a través de su representante legal, acreditando debidamente su existencia y representación dentro del proceso de tutela; 2) que se individualice, mediante una lista o un escrito, el nombre de los miembros de la asociación a favor de quienes se promueve la acción de tutela; y 3) que no se deduzca de los elementos probatorios que obran en el proceso que el agenciado no quiere que la acción se interponga en su nombre”, Sentencia T-025/2004, numeral 3.

vía para la protección de los derechos fundamentales, la Corte ha señalado que bajo ciertas condiciones de hecho, procede la tutela aún cuando pudieran existir otros recursos legales para enfrentar una situación concreta<sup>504</sup>.

A continuación analizaré qué se entiende por un "estado de cosas inconstitucional"; luego, los requisitos que deben concurrir para que una situación sea calificada como tal; los efectos que acarrea una calificación de este tipo; y, finalmente, la naturaleza de esta institución dentro de la clasificación tradicional de las funciones de los derechos fundamentales.

### **3.2. Estado de cosas inconstitucional**

#### **3.2.1. ¿Qué se entiende por un "estado de cosas inconstitucional"?**

La Corte ha declarado –a la fecha- en siete ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional<sup>505</sup>. Según nos señala la propia Corte, se entiende por un "estado de cosas inconstitucional" aquella situación en la que se produce una violación reiterada y masiva de derechos fundamentales, obedeciendo dicha violación a causas de tipo estructural, en la que se ven comprometidas varias autoridades del aparato estatal.

---

<sup>504</sup> Al respecto debe recordarse que esta Corporación ya ha señalado que en los casos extremos de omisión de sus obligaciones por parte de las autoridades - situación que se expresa también cuando se presenta un craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley -, los afectados pueden también recurrir a la tutela, siempre y cuando la actitud negligente de la administración vulnere o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales (Ver al respecto las sentencias SU 474 de 1997 y T-622 de 1995).

<sup>505</sup> La primera vez, lo hizo ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley (SU-559/1997). Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en seis ocasiones más: 1) por la situación de violación continua de los derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país (Sentencia T-153/1998); 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos (Sentencias T-606 y T-607 de 1998); 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos del Bolívar (Sentencia T-525/1999) y 4) de Chocó (Sentencia SU-090/2000); 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos (Sentencia T-590/1998) y 6) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios (Sentencias SU-250/1998 y T-1695/2000).

La Corte Constitucional ha dicho:

“El concepto de estado de cosas inconstitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporación, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando *“(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”*<sup>506</sup>.

La legislación colombiana no contempla esta figura, sino que es de creación jurisprudencial. La Corte ha justificado su procedencia en el contexto de las acciones de tutela, en particular, cuando se está ante una situación que pueda provocar una presentación masiva de acciones de tutela. Basándose en consideraciones de economía procesal, se justifica resolver el tema en forma global<sup>507</sup>.

Normativamente, la Corte ha fundado la procedencia de esta declaración de "estado de cosas inconstitucional" en las funciones que le han sido asignadas en la Constitución como garante de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional:

“Así, teniendo en cuenta el deber de las autoridades de *“proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes,*

---

<sup>506</sup> Sentencia T-025/2004, considerando 7 (cursivas en el original).

<sup>507</sup> “En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”, Sentencia T-153/1998.

*creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Artículo 2, CP), así como el deber que tienen las ramas del poder público “de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines” (C.P. art., 113), la Corte, ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución, para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación”<sup>508</sup>.*

De esta forma, un "estado de cosas inconstitucional" corresponde a una calificación que da la Corte Constitucional respecto de cierta situación que ha sido sometida a su conocimiento a través de los procedimientos para conocer de violaciones de los derechos fundamentales. Esta calificación se da con el objeto de disponer un conjunto de medidas que son dirigidas a distintas autoridades del Estado.

### **3.2.2. Requisitos que deben concurrir para que se declare un "estado de cosas inconstitucional"**

Tal como he señalado, la declaración de un "estado de cosas inconstitucional" se da en el contexto de las acciones de tutela. En este sentido, la Corte Constitucional ha puesto énfasis en la eficacia de los mecanismos de garantía. En efecto, si los medios normales u ordinarios que se establecen en la normativa interna no son suficientes para resolver casos de violaciones de derechos fundamentales, entonces se hace necesaria la acción de tutela<sup>509</sup>.

De esta forma, será en el ámbito de las acciones de tutela que, atendidos ciertos requisitos particulares, se justifica la adopción de medidas especiales por parte de la Corte Constitucional. A continuación, vamos a analizar aquellos elementos que la propia Corte ha señalado como necesarios para que se determine un "estado de cosas inconstitucional".

---

<sup>508</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 7.

<sup>509</sup> Sentencia T-153/1998, considerando 52.

En la sentencia sobre la situación en las cárceles<sup>510</sup>, la Corte Constitucional señaló que había dos elementos que justificaban la declaración de un "estado de cosas inconstitucional". Ambos elementos están vinculados con el fin que tiene dicha declaración, esto es, buscar un remedio a situaciones de vulneración de derechos fundamentales. El elemento central que debía concurrir era la vulneración de los derechos fundamentales y, a su vez, dicha vulneración debía presentar dos características particulares: generalidad y causas estructurales<sup>511</sup>. Además, está implícito un tercer elemento de carácter subjetivo: la indiferencia de la población frente a la situación, lo que permite que esta se desarrolle sin que las autoridades se sientan impelidas a tomar medidas para su superación<sup>512</sup>.

Estos requisitos han sido afinados en la sentencia que declaró como un "estado de cosas inconstitucional" la situación de las personas desplazadas en Colombia<sup>513</sup>.

Lo primero que hace la Corte es fijar la magnitud del problema, lo que se ve reflejado en la cantidad de casos sometidos a su conocimiento mediante las acciones de tutela. Dicha magnitud se observa en la cantidad de expedientes que se acumulan sobre el tema y la cantidad de personas que presentan acciones de tutela por la misma materia.

---

<sup>510</sup> Sentencia T-153/1998.

<sup>511</sup> "En las sentencias SU-559/1997 y T-068/1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del **estado de cosas inconstitucional** con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades" (Sentencia T-153/1998, considerando 53).

<sup>512</sup> "Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema", Sentencia T-153/1998, considerando 54.

<sup>513</sup> Sentencia T-025/2004.

Ello obliga a la Corte a determinar cuáles son los derechos vulnerados y cuál ha sido la acción de las autoridades ante esta situación<sup>514</sup>.

Al analizar la situación, la Corte Constitucional recurre a la idea de un “patrón de violación de los derechos” lo que le permite ir construyendo la idea de un “estado de cosas inconstitucional”. Este “patrón” estaría dado por la cantidad de oportunidades en que se han presentado las situaciones de vulneración de derechos –incluso respecto de los mismo núcleos familiares en el caso estudiado- y la insuficiencia de las medidas adoptadas, inclusive aquellas dispuestas por la Corte en casos que ha conocido por vía de la tutela. Todo ello ha determinado que las autoridades hayan “reincidido” en las conductas que motivaron las tutelas. Además, se han dado casos como el de personas desplazadas, en los que se ha hecho necesario recurrir de tutela como única forma de que se garanticen sus derechos fundamentales<sup>515</sup>.

Habiendo determinado estas consideraciones generales de procedencia de la calificación de un “estado de cosas inconstitucional”, la Corte enumera ciertos casos concretos que le han servido de base para declarar “estado de cosas inconstitucional”. Al efecto señala en la Sentencia T-025-2004, numeral 7:

---

<sup>514</sup> “Por la magnitud del problema que se ha acreditado en los múltiples expedientes acumulados en el presente proceso, y por el número de personas que han acudido a la acción de tutela para reclamar la protección del Estado frente a su situación, es indispensable que la Corte se detenga a estudiar en detalle cuáles son los derechos fundamentales de los que son titulares las personas en situación de desplazamiento, así como el ámbito de las obligaciones de las autoridades a este respecto. Es necesario precisar el alcance de las garantías en comento, para así resolver el interrogante sobre la gravedad de su violación en los casos que se revisan”, Sentencia T-025/2004, numeral 5.1.

<sup>515</sup> “La anterior descripción de los derechos vulnerados y de la respuesta del juez de tutela en casos que comprenden varios núcleos familiares, que se han repetido a veces hasta en nueve ocasiones y que por su extrema gravedad ameritaron la intervención de esta Corte, muestra que el patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección”, Sentencia T-025/2004, numeral 5.3.

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas<sup>516</sup>;
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos<sup>517</sup>;
- (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado<sup>518</sup>;
- (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos<sup>519</sup>;

---

<sup>516</sup> Por ejemplo, en la sentencia SU-559/1997, la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes. Al encontrar que la vulneración afectaba a muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: “30. De acuerdo a lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela”.

<sup>517</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-153/1998, declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas. Dijo la Corte: “Asimismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión”.

<sup>518</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-068/1998, se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo: “8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo”.

<sup>519</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-1695/2000, la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios. La Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacía que el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU-250/1998, continuara. Dijo la Corte: “En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo N° 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto

- (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante<sup>520</sup>;
- (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial<sup>521</sup>”.

---

constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. (...) Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250/98, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia”.

<sup>520</sup> Por ejemplo, en la sentencia T-068/1998, la Corte dijo: “De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94000), se observa como casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho.”Igualmente, en la sentencia T-153/1998, la Corte dijo lo siguiente: “53. En las sentencias SU-559/1997 y T-068/1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”.

<sup>521</sup> En la misma sentencia T-068/1998, se dijo: “10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones”.

En síntesis, para que proceda la declaración de un estado de cosas inconstitucional es necesaria la concurrencia de una serie de factores, algunos vinculados a la situación que motiva la declaración y otros relacionados con la actividad del Estado frente a dicha situación (la generación de la situación y la respuesta ante la misma). En primer lugar, en cuanto a la **situación de hecho**, es necesario que esta sea una situación generalizada de violación de derechos fundamentales (no esporádica o excepcional) y, además, que afecte a un grupo relevante de personas. En cuanto a la **actuación del Estado**, para que las prácticas sean consideradas inconstitucionales, es necesario que estemos frente a la inactividad del Estado en casos en que está obligado a hacer algo (omisión del Estado) o la ineficiencia de su actividad (es decir, que habiendo desarrollado alguna actividad, esta no haya sido eficaz para poner fin a la situación de vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas). Además, hay un elemento que dice relación no con la generación de la situación, sino con la respuesta frente a ella. En los casos de "estados de cosas inconstitucional" la situación no puede ser superada si no es por el concurso de distintas autoridades en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, hay un **elemento de tipo procesal** que caracteriza el "estado de cosas inconstitucional", consistente en que estas situaciones vistas una a una por medio de la acción de tutela, provocarían un atochamiento del sistema.

Frente a la concurrencia de todos estos elementos, es posible que la Corte Constitucional declare un "estado de cosas inconstitucional".

### **3.2.3. Efectos de la declaración de un "estado de cosas inconstitucional"**

Los efectos de la declaración de un "estado de cosas inconstitucional" están vinculados con las causas que lo han provocado, en particular, con la incapacidad de las autoridades para adoptar medidas adecuadas para poner fin a las afectaciones de derechos fundamentales de las personas víctimas de la situación.

A modo de ejemplo del tipo de medidas que se han dispuesto como consecuencia de la declaración de un "estado de cosas inconstitucional" podemos señalar:

(i) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; (ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; (iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; (iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y (v) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos<sup>522</sup>.

Al declarar un "estado de cosas inconstitucional" la Corte interpreta que está facultada para articular una serie de medidas, las que deben ser tomadas por las distintas autoridades involucradas en la creación y mantención de la situación de vulneración generalizada de derechos<sup>523</sup>. La Corte Constitucional no asume que ella esté en condiciones de llevar adelante dichas medidas, sino que sostiene que a partir de la situación de "estado de cosas inconstitucional" las distintas autoridades deben actuar en el campo de sus competencias<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 7.

<sup>523</sup> "Ante la gravedad de las omisiones imputables a distintas autoridades públicas, la Corte debe declarar que el estado de cosas que se presenta en las prisiones colombianas, descrito en esta sentencia, es inconstitucional y exige de las autoridades públicas el uso inmediato de sus facultades constitucionales, con el fin de remediar esta situación. Para ello procederá a impartir las respectivas órdenes" (Sentencia T-153/1998, considerando 65).

<sup>524</sup> Un buen ejemplo de esto lo da la Corte Constitucional en el caso de las cárceles en Colombia, T-153/1988, donde sostiene: "55. Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. Por esta razón, la Corte debe poner en conocimiento del Presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria. Ello con el objeto de que, haciendo uso de sus facultades como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación, vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos.

"Asimismo, la Corte comunicará de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de

Si bien la Corte no implementa las medidas en forma directa, lo que sí hace es determinar ciertos parámetros para su ejecución. En particular, se preocupa de dar instrucciones concretas para que las medidas sirvan como solución a la situación que ha sido calificada como un "estado de cosas inconstitucional" y, por tanto, se disponen medidas concretas y plazos para su adopción<sup>525</sup>.

De acuerdo con los elementos que la Corte tiene en consideración al momento de decretar un "estado de cosas inconstitucional", las medidas que dicta para poner fin a dicha situación buscan beneficiar no sólo a aquellos que han actuado en los procesos sometidos a su conocimiento, sino que va más allá y persigue la protección de los derechos de todas las personas que están en la misma situación que ha provocado la vulneración de derechos<sup>526</sup>. En particular, las medidas dispuestas deben ser proporcionales a los hechos que han provocado la violación de derechos<sup>527</sup>.

---

la Judicatura ; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes ; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales ; y a los personeros municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política", Sentencia T-153/1998, considerando 55.

<sup>525</sup> "(...) En este sentido, se ordenará que, en un término de tres meses, se elabore un plan de construcciones y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecúen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos. El plan deberá ser elaborado por el INPEC, el Ministerio de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación supervigilarán que los proyectos para las nuevas construcciones y para las adecuaciones de las ya existentes se ajusten a los parámetros mínimos para la edificación de penales. El plan deberá ejecutarse en un término máximo de 4 años a partir de la notificación de esta sentencia", Sentencia T-153/1998, considerando 56.

<sup>526</sup> "Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela", Sentencia T-025/2004, numeral 7.

<sup>527</sup> "Con base en el anterior recuento, se observa que frente a violaciones masivas de derechos constitucionales, una vez constatado el estado de cosas inconstitucional, la Corte ha extendido los efectos de la tutela para ordenar remedios que tengan un alcance material y temporal acorde con la magnitud de la violación y para proteger, en aras del principio de igualdad, los derechos de quienes se encuentran en una situación similar a la demandada, pero no acudieron a la acción de tutela", Sentencia T-025/2004, numeral 7.

La Corte se ha preocupado de determinar los remedios judiciales que puede decretar, en el marco de la acción de tutela, para hacer frente en forma eficiente a la situación concreta que provoca la vulneración de derechos<sup>528</sup>. Con este fin tiene en consideración tres elementos: a) magnitud de la afectación de los derechos, b) número de personas que no pueden gozar de ellos y c) lo que razonablemente ha de lograr el Estado para cumplir sus deberes de protección<sup>529</sup>.

La Corte distingue entre dos tipos de órdenes: complejas y simples. Las órdenes complejas son aquellas que dicen relación directa con el estado de cosas inconstitucional. Se trata de medidas que puede disponer el Estado para garantizar los derechos de todas las personas que se encuentren en la situación de afectación de derechos, hayan o no acudido en sede judicial mediante la acción de tutela. Estas providencias estarán dirigidas a las autoridades para que, en el ámbito de su competencia, adopten medidas correctivas para superar la situación que provoca la "insuficiencia de recursos" y la "precariedad de la capacidad institucional" en materia de implementación de políticas estatales<sup>530</sup>.

Por su parte, las órdenes de carácter simple son aquellas destinadas a resolver las peticiones concretas que hayan formulado los actores de la tutela, es decir, quienes han motivado el caso que concluyó en la declaración de una "estado de cosas inconstitucional"<sup>531</sup>.

---

<sup>528</sup> "Para este efecto, es preciso delimitar el ámbito de competencias del juez de tutela para cumplir su función de asegurar el goce efectivo, no teórico, de los derechos fundamentales", Sentencia T-025/2004, numeral 8.

<sup>529</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 7.

<sup>530</sup> "En el caso presente, la Sala Tercera de Revisión dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada", Sentencia T-025/2004, numeral 10.

<sup>531</sup> "Las órdenes de carácter simple que también se dictarán en este proceso están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente acción de tutela, y resultan compatibles con la línea

### **3.2.4. ¿Cómo calificar esta institución dentro de la clasificación de funciones objetiva/subjetiva de los derechos fundamentales?**

Frente a la institución del "estado de cosas inconstitucional", hay dos cuestiones especialmente complejas desde un punto de vista normativo. La primera dice relación con la relación entre dicha institución y las funciones asignadas a los derechos fundamentales en el constitucionalismo comparado. La segunda, es la justificación de esta medida en una sociedad democrática o, si se quiere, la objeción contramayoritaria en su mayor expresión. A continuación abordaremos la primera de estas cuestiones; la segunda quedará para el capítulo siguiente de este estudio.

La cuestión de la calificación de esta institución en el ámbito de las funciones de los derechos fundamentales, tiene el problema que nos obliga a adoptar una de tres posturas. Una posibilidad es considerarla expresión de una función objetiva redefinida; otra, es concebirla como expresión de la función subjetiva, ampliada; y finalmente, podemos afirmar que estamos ante una nueva figura, que combina las funciones y garantías bajo una nueva óptica.

Hay elementos propios de una función objetiva: la Corte hace un llamado a todo el "poder público" para que tome las medidas necesarias. Esto es muy interesante ya que define un nuevo camino para la justicia constitucional, al determinar que existe una situación estructural de violaciones de los derechos fundamentales y, a partir de ello, convocar a la sociedad en su conjunto para que a través de las estructuras democráticas se ponga fin a la situación. Aquí estamos ante una clara ampliación de las funciones de los derechos fundamentales y el rol de la justicia constitucional que, no obstante, es compatible con una sociedad democrática en la medida que la solución no queda entregada a los jueces, sino a cada poder en el campo de atribuciones que fija la distribución de funciones democrática.

---

jurisprudencial de la Corte Constitucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento", Sentencia T-025/2004, numeral 10.

Por su parte, las medidas simples son propias de una función subjetiva donde se dictan medidas tendientes a superar la situación concreta que afecta a los reclamantes en el pleno goce y ejercicio de sus derechos.

En definitiva, frente a una clasificación de esta institución como un mecanismo de garantía de una función objetiva o subjetiva, me parece estamos ante una institución *sui generis*. El “Estado de cosas inconstitucional” corresponde a un cierto diseño institucional (acción de tutela) que ha sido desarrollado de una manera amplia para dar respuesta, desde la Constitución, a una cierta situación generalizada de violación de derechos fundamentales (realidad), buscando superar las condiciones que permiten dicha violación y adoptando medidas para solucionar los casos concretos (respuesta efectiva).

\* \*

\*

A partir del análisis realizado es posible afirmar que los derechos fundamentales cumplen su función de validación de las actuaciones del poder del Estado en relación con sus individuos a través de dos mecanismos: como valores o principios generales del sistema normativo constitucional que irradia a todo el aparato de poder del Estado y como derechos subjetivos que pueden ser reclamados de la autoridad. Además, es evidente que estas funciones deben ser garantizadas a través de diversos mecanismos. Uno de estos mecanismos es el jurisdiccional. Es en este punto donde surge la figura del “estado de cosas inconstitucional” en Colombia. A través de esta institución se busca dar una respuesta eficaz en casos de violaciones de derechos fundamentales que requieren de una actividad coordinada del Estado. Esta institución configura una nueva concepción de las funciones objetivas y subjetivas, en particular, de su garantía jurisdiccional.

#### **IV. COMPATIBILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO Y CON LA EFICIENCIA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

##### **1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

Tal como he sostenido en el apartado II de este capítulo, el sistema internacional y en particular, el sistema interamericano de derechos humanos ha sostenido que las personas privadas de libertad no sólo son titulares de derechos humanos, sino que además ha puesto énfasis en la responsabilidad del Estado en orden a asegurar ciertas condiciones mínimas de vida a estas personas que se encuentran bajo su custodia directa.

Sin lugar a dudas la situación que se presenta en las cárceles de nuestra región es de extrema gravedad y por tanto, requiere de una acción eficaz por parte del Estado. Si el Estado quiere cumplir con sus compromisos internacionales y no incurrir en responsabilidad internacional, es necesario que adopte medidas efectivas de protección de las personas privadas de libertad. En este sentido, la forma en que se resuelva la situación de estas personas en los casos concretos determinará el cumplimiento o no de las obligaciones internacionales del Estado.

En este contexto, la concepción desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana parece ser una forma eficaz de cumplir con las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales. El acercamiento de la Corte Constitucional de Colombia es coincidente con los criterios desarrollados internacionalmente en orden a que el Estado, a través de todos sus órganos, debe adoptar medidas efectivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Además, los desarrollos jurisprudenciales de colombianos apuntan en la dirección correcta al disponer de medidas especiales en aquellos casos de especial gravedad, como ocurre justamente con la situación de las personas privadas de libertad en las cárceles de nuestra región. En efecto, el razonamiento de la Corte Constitucional es perfectamente coincidente con

el acercamiento que ha desarrollado la Corte Interamericana sobre la necesidad de adoptar medidas positivas eficaces para garantizar los derechos de quienes están en una situación de vulnerabilidad<sup>532</sup>, que es precisamente la situación de las personas privadas de libertad. En este sentido es interesante la preocupación de la Corte Constitucional colombiana por la efectividad de las medidas y que no basta con demostrar una preocupación general por las condiciones de vida de las personas privadas de libertad, sino que es necesario adoptar medidas que puedan ser controladas y que permitan efectivamente resolver estas situaciones de extrema vulneración de derechos.

Finalmente, aún cuando con menos desarrollo e intensidad es posible plantear que la figura del “estado de cosas inconstitucional” es una forma de prevenir la responsabilidad del Estado en casos de violaciones estructurales de derechos humanos. Esto lo pasamos a estudiar a continuación.

## **2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PERMITE SU EFECTIVIDAD EN EL AMBITO INTERNO**

El punto de partida de este análisis debe ser el cumplimiento del objetivo central de todo sistema de protección de derechos humanos: la efectividad en la garantía de los derechos. Dar efectividad a la protección de los derechos humanos ha sido el propósito final de todo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control, se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema.

De esta forma, el elemento que define a los instrumentos de protección es la pregunta acerca de qué tipo de violación de derechos humanos es a la que debe hacerse frente

---

<sup>532</sup> Ver el razonamiento de la Corte Interamericana en esta materia *supra* Capítulo IV sección II.

y cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz. Hoy, la realidad es compleja y me parece que es posible sostener una nueva tipología de violaciones de derechos humanos, que agregue la categoría de “violaciones estructurales” de derechos humanos.

Para caracterizar estas violaciones debe tenerse en consideración que, en estos casos, es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.

A continuación analizaré los elementos constitutivos de esta categoría de violaciones de derechos humanos:

El primer elemento –violación de derechos humanos- está vinculado con aspectos estructurales. En los casos de violaciones estructurales estamos ante un orden institucional (estructuras y procedimientos del Estado) que permite, facilita o al menos no impide adecuadamente, la violación de derechos humanos de un grupo determinado de la sociedad. Estamos ante una situación generalizada de violación de derechos (no esporádica o excepcional) que afecta a un grupo relevante de personas. Esta situación, si bien puede no ser objeto de una planificación estatal y ni siquiera haberse buscado por el Estado, se hace posible debido a la institucionalidad vigente.

El segundo elemento está dado por los afectados por la violación generalizada de derechos. En general, los casos de violaciones estructurales afectarán a un grupo

determinado de la sociedad, perfectamente reconocible y distinguible, que ve violados sus derechos como consecuencia de su pertenencia a dicho grupo<sup>533</sup>.

El tercer elemento es de tipo subjetivo. En las violaciones estructurales, la sociedad en su conjunto adopta una posición distante respecto de la violación de derechos a un grupo determinado, sea porque omite cualquier pronunciamiento en contrario o bien porque abiertamente justifica la situación de vulneración de derechos que afecta al grupo. En la primera situación estarían por ejemplo los niños; en la segunda, se ubicaría la situación de las personas privadas de libertad<sup>534</sup>.

El cuarto elemento está vinculado con la respuesta ante la situación de afectación de derechos. Para solucionar la situación de vulnerabilidad extrema descrita, es necesaria la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, lo que compromete la intervención de varias entidades y exige recursos que demandan al Estado un esfuerzo presupuestal adicional de importancia. En cuanto a la actuación del Estado, para que las prácticas sean constitutivas de una violación estructural, es necesario que estemos frente a su inactividad, estando obligado a hacer algo (omisión del Estado) o a la ineficiencia de su actividad (es decir, aquellos casos en que habiendo desarrollado alguna actividad, esta no ha tenido resultado para poner fin a la situación de vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas)<sup>535</sup>.

Es preciso aclarar que el planteamiento de esta nueva tipología en ningún caso debe ser interpretado como que las anteriores han sido superadas. Al contrario, lo que

---

<sup>533</sup> Esto es precisamente lo que la Corte Interamericana ha comenzado a hacer explícito en años recientes a partir de la construcción de argumentos sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. Estoy en deuda con Claudia Sarmiento por este alcance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ver caso *Ximenes Lopez*, caso *Masacre de Pueblo Bello*, caso *Penal Castro y Castro*, entre otros. Un análisis de los alcances de esta jurisprudencia en Nash y Sarmiento, 2007: 121-135.

<sup>534</sup> Este ha sido un elemento que se ha desarrollado ampliamente en los casos de violencia contra las mujeres, ver CIDH, *Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, de 7 marzo 2003.

<sup>535</sup> Un desarrollo muy acabado de este elemento lo encontramos en una jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado la figura del “estado de cosas inconstitucional” donde la respuesta del Estado es clave para configurar esta situación, ver Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-153/1998 y T-025/2004.

pretende esta nueva categoría es completar y aclarar el cuadro de las violaciones de derechos humanos en la región. Las violaciones individuales siguen siendo un aspecto central en el trabajo del sistema y principalmente de la Corte. Por su parte, y en forma lamentable, todavía es posible encontrar casos de violaciones masivas y sistemáticas en la región<sup>536</sup>.

En segundo lugar, tengo claro que toda nueva tipología requiere de alguna justificación en cuanto a su utilidad; no basta con que sea un interesante ejercicio intelectual, sino que tiene que ser necesaria. Me parece que esta tipología es útil y necesaria en cuanto supera ciertas limitaciones que presenta la tipología tradicional y permite, por tanto, que la respuesta sea más conducente a resolver las causas de estas violaciones.

A diferencia de las violaciones estructurales, las violaciones masivas y sistemáticas están construidas sobre la base de la planificación estatal, por tanto, para que estemos ante este tipo de violación y sea factible activar los mecanismos adecuados para enfrentarla, será necesario acreditar la existencia de este plan. En el caso de las violaciones estructurales, bastará con acreditar los resultados y no será necesario determinar si obedece a no a una planificación desde el aparato estatal<sup>537</sup>.

En cuanto a los recursos tradicionales de amparo (protección en la legislación chilena) estos operan sobre la base de que estamos ante casos individuales que afectan a una o algunas personas debido a ciertas deficiencias en el actuar de los agentes. No hay

---

<sup>536</sup> A modo de ejemplo, basta ver los siguientes casos de los años 2005 y 2006: *caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; *caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; *caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

<sup>537</sup> Uno podría plantear que la categoría de las violaciones masivas y sistemáticas puede abarcar este tipo de violaciones. Esto sólo es correcto si modificamos lo que se entiende por violaciones masivas y sistemáticas y, en particular, si eliminamos de la definición del elemento de la planificación (sobre la relevancia de este elemento, ver Medina, 1988: 15-16). Si esto es así, lo que estamos haciendo es cambiar la concepción de las violaciones masivas y sistemáticas y transformándolas en otra cosa. No parece que este sea un camino teóricamente correcto, aunque reconozco que es seductor, en tanto no requiere el esfuerzo de construir una nueva categoría.

un compromiso institucional o cultural necesariamente involucrado, por lo que la respuesta es individual y no sistémica. Bajo esta lógica, las respuestas ante violaciones estructurales tendrán dos problemas: aparecerán como insuficientes (si solo se busca resolver el caso concreto) o desvinculadas con el caso (si se pretende por su intermedio resolver toda la situación basal). Ambos aspectos son superados a través de la figura del "estado de cosas inconstitucional". Por ello es necesario contar, frente a estas situaciones especiales, con un recurso constitucional de protección de derechos que sea efectivo y una jurisprudencia capaz de asumir un rol activo en la solución de estos problemas.

## **V. APLICACIÓN DE LA CONCEPCION SOBRE LAS FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU GARANTIA EN EL CASO CHILENO**

### **1. EL RECURSO DE PROTECCION CHILENO ¿UN FIEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE DERECHOS?**

He señalado *supra* que la obligación de garantía de los derechos humanos implica el establecimiento en e ámbito interno de recursos efectivos para la protección de los derechos establecidos en el ámbito nacional e internacional. Según la Corte Interamericana este derecho a un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención"<sup>538</sup>. En la sentencia de fondo del caso Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana explicó el sentido de la palabra "efectivo", señalando que el recurso debe ser "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"<sup>539</sup>, agregando que ello no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido, sino que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere<sup>540</sup>. La efectividad tiene que ver con su capacidad potencial, en el

---

<sup>538</sup> Caso Castillo Páez, párr. 82; caso Suarez Rosero, párr. 65; y caso Blake, párr.102.

<sup>539</sup> Caso Velásquez Rodríguez, párr. 66

hecho y en el derecho, de producir el resultado que se requiere para proteger el derecho.

La efectividad del recurso es una cuestión fundamental para determinar la compatibilidad de los recursos nacionales para garantizar los derechos fundamentales. Por ello, centraré el análisis de la normativa chilena sobre la base de una interpretación que permite la efectividad de la protección constitucional de los derechos mediante la acción constitucional del art. 20 de la Constitución chilena.

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 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 sus órganos (arts. 6 y 7).

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

Por otra parte, en cuanto a la función subjetiva, en el texto constitucional chileno se cumple sólo parcialmente con esta función. El texto constitucional no contempla un recurso sencillo y rápido para la protección de todos los derechos fundamentales tal

---

<sup>540</sup> *Ibidem*, párrs. 67 y 68. Ver también OC-9/87, párr. 24; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, párrs. 111-113; caso del Tribunal Constitucional, párr. 90; caso Bámaca Velásquez, párr. 191; caso Cesti Hurtado, párr. 125; caso Paniagua y otros, párr. 164; y caso Suárez Rosero, párr. 63.

como lo exige la normativa internacional<sup>541</sup>. En efecto, la protección constitucional de derechos tiene problemas estructurales, de reglamentación y de aplicación práctica.

Los **problemas estructurales** tienen su origen en la forma en que se han consagrado los derechos en la constitución chilena. Si analizamos el texto del artículo 19, vemos que los derechos que están protegidos por la acción constitucional son aquellos que establecen ciertas obligaciones de abstención. Tal es el caso del derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, la libertad de conciencia, entre otros. Asimismo, los derechos de contenido social no son regulados como derechos directamente exigibles, sino que están estructurados como libertades negativas (art. 19 Nos. 9, 10 y 11) sin protección constitucional mediante la acción de protección.

Es evidente que esta visión restrictiva deja fuera de toda protección constitucional derechos consagrados en el texto, así como derechos consagrados en instrumentos internacionales. En cambio, 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

---

<sup>541</sup> 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".

fundamentales), incluido el poder legislativo y el judicial en el ámbito de sus competencias.

En Chile la **regulación del recurso** consagrado en el art. 20 de la Constitución fue efectuada por la Corte Suprema a través de una “Auto Acordado”, esto es, la propia Corte reguló los aspectos procedimentales en cuanto a la forma de interponerlo, plazos y pruebas, entre otros. Esta regulación, que corresponde a una forma de protección procedimental de los derechos, no siguió la idea desarrollada en el constitucionalismo comparado en orden a vincular la consagración de los derechos fundamentales con los mecanismos para su protección, tanto en el plano de recursos efectivos, como de organización del Estado<sup>542</sup>. En efecto, la regulación procedimental es restrictiva (cargada de formalismo y con una amplia posibilidad de rechazo formal de las acciones), establece requisitos que no se contemplan en el texto constitucional (por ejemplo plazos de presentación, formalidades en la presentación) y limita la efectividad de la acción de protección<sup>543</sup>.

Además, hay un tercer problema, relativo a la **aplicación práctica** del recurso. Los Tribunales chilenos han tenido un acercamiento formal y restrictivo del derecho del que da cuenta el segundo caso que hemos planteado al comienzo de este capítulo. Esta praxis jurisprudencial, basada en una interpretación estrecha de la acción de protección, es contraria a la tendencia presente en otras jurisdicciones que han puesto énfasis en la informalidad del recurso como una cuestión básica para que este cumplan con sus fines<sup>544</sup>.

---

<sup>542</sup> Un crítica interesante a este respecto la podemos encontrar en Gómez, 2005.

<sup>543</sup> Una solución muy interesante en esta materia y que plantea una salida interesante a las restricciones normativas frente a las acciones de protección constitucional es la planteada por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, de 24 de febrero de 1999. En dicha sentencia la Corte se ve en la situación que el recurso de protección constitucional no estaba contemplado en la legislación nacional, por lo que esta, en atención a las obligaciones internacionales del Estado vigentes en el país, en particular el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula un recurso interno a fin de adecuar las acciones constitucionales y permitir la protección constitucional de derechos. El Tribunal deja claro que la inexistencia de regulación interna no puede ser obstáculo para cumplir con la obligación de garantizar efectivamente los derechos fundamentales.

<sup>544</sup> Este tipo de recursos se basa, en el constitucionalismo comparado, en la idea de informalidad. Así la Sala Constitucional de Costa Rica ha señalado: “En los asuntos garantizados por el numeral 48 de la

A partir de estos cuestionamientos es evidente que existen problemas serios con la acción constitucional chilena para cumplir con la obligación de garantizar efectivamente los derechos fundamentales en el ámbito interno.

## **2. RESOLUCIÓN DEL CASO CÁRCELES A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA: UNA REINTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES COMPARADOS**

Sin duda, casos como el de la situación de las personas privadas de libertad no pueden solucionarse aplicando los estándares restrictivos que han utilizado los tribunales chilenos, sino que es necesario un nuevo enfoque que dé cuenta de las particularidades de esta situación.

Para ello, parece útil pensar en los criterios que ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en particular la figura del "estado de cosas inconstitucional". En efecto, situaciones como la situación de las cárceles y las condiciones de vida de los internos, deben ser miradas desde la perspectiva de los

---

Constitución Política -hábeas corpus y amparo-, y regulados expresamente en los numerales 15 y 29, por su orden, de la Ley de Jurisdicción Constitucional, fueron institucionalizados para resguardar los derechos fundamentales de toda persona, y dada su naturaleza, se ha aceptado su informalidad, gratuidad, celeridad, impulso procesal de oficio, y además, lo que la doctrina y la jurisprudencia ha dado en llamar, la acción vicaria, esto es, que pueden ser interpuestos por cualquier persona, no estrictamente en lo personal, sino también a favor de terceros", Ver sentencia N° 202 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de las 11,10 hrs. del 16 de mayo de 2006.

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en el mismo sentido: "Se puede invocar el amparo de los derechos fundamentales, amenazados o vulnerados, personalmente o a través de representante, porque como se precisó anteriormente, el legislador consideró que para estos eventos es más importante el fondo que la forma y que más importante para el estado social de derecho y para la persona que la protección real, eficiente y oportuna de sus derechos fundamentales. Cuando se prevé la oportunidad de agenciamiento de derechos ajenos para el ejercicio de esta acción, se reafirma la voluntad de la ley de hacer prevalecer el respecto esencialísimo de los derechos fundamentales por encima de cualquier consideración formal", ver Sentencia T-603/92. En el mismo sentido, Sentencia T-501/92.

Más explícitamente la Corte Constitucional ha señalado: "Cabe recordar que, de conformidad con los principios de la efectividad de los derechos fundamentales y de oficiosidad e informalidad que rigen la acción de tutela, corresponde al juez de conocimiento desplegar la actividad pertinente para esclarecer los hechos que dieron origen a la demanda. En tal sentido, no es admisible que la autoridad judicial, a quien el Constituyente ha confiado con carácter prioritario y prevalente la realización concreta de los derechos fundamentales y la adopción de medidas urgentes orientadas a su inmediata protección, se excuse de cumplir tan delicadas funciones exigiendo a la persona solicitante requisitos que la Carta no contempla o fórmulas sacramentales", Sentencia T-594/99, citado en Auto 251/06.

derechos fundamentales y, en particular, cómo estos pueden cumplir efectivamente con sus funciones de límite de la acción del Estado.

La acción constitucional de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución chilena, aún con sus problemas estructurales, de organización y de aplicación práctica, podría ser interpretada de una forma tal que permita cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y dé eficacia a los derechos en el ámbito interno.

En primer lugar, debemos tener en consideración que el art. 20 de la Constitución está estructurado sobre una base amplia, que garantiza el ejercicio de ciertos derechos consagrados constitucionalmente frente a su “privación, perturbación o amenaza”. Esto, permite construir una protección robusta de los derechos, en tanto se garantiza su protección constitucional frente a diversas formas de violación de los mismos, esto es, se garantiza la actuación jurisdiccional frente a cualquier actuación que impida su pleno ejercicio. Asimismo, la Constitución plantea una visión amplia de la protección en cuanto a las medidas que la autoridad judicial puede disponer frente a estas afectaciones al ejercicio de los derechos. En efecto, la Constitución dispone que “[la Corte de Apelaciones respectiva] adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Sin duda, que esta formulación de las “providencias” permite un amplio espectro de medidas vinculadas con las diversas formas de afectación y, asimismo, con las diferentes facetas de cada derecho fundamental en tanto estándar normativo complejo. La Constitución no limita las medidas, sino que las deja a criterio de la autoridad judicial (“las providencias que juzgue necesarias”) y les da un sentido dual: para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado. De esta forma es posible una interpretación que haga confluir los aspectos objetivo y subjetivo de las funciones de los derechos fundamentales. Si las Cortes pueden disponer medidas que permitan “restablecer el imperio del derecho” es perfectamente justificable que se dispongan medidas que miren el fondo de la situación que ha permitido la violación de derechos fundamentales y, por tanto, sean destinatarios de medidas todas las autoridades involucradas. En la misma lógica, será posible que, a objeto de “asegurar la protección del afectado” también se dicten medidas complejas (si

seguimos la terminología de la Corte Constitucional colombiana), vinculadas con una efectiva protección de los derechos subjetivos involucrados en el caso.

En segundo lugar, en cuanto a los hechos que pueden provocar la activación de la protección constitucional de derechos, es factible interpretar que dicha acción procederá en casos en que por causa de “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” se sufra una violación de derechos fundamentales. Estos actos u omisiones, en ciertas circunstancias, podrán ser constitutivos de una “situación” de vulneración de derechos fundamentales. De ahí que sea plenamente procedente que, en casos de situaciones de violación de derechos fundamentales, se recurra a la protección constitucional. Estas situaciones no son sino un conjunto de actos u omisiones y, por tanto, no hay una contradicción entre la redacción constitucional y la protección a través de este recurso frente a situaciones de violación de derechos fundamentales.

Finalmente, es central en la interpretación de esta norma que la autoridad judicial asuma un enfoque basado en los derechos y en su mejor garantía. La interpretación de los alcances de esta acción de protección debe hacerse a la luz de su objeto y fin, que no es otro que la efectiva protección de los derechos fundamentales que constituyen las “bases de la institucionalidad” según nuestro ordenamiento jurídico. Si bien una deficiencia básica de la acción de protección del art. 20 es su limitación a la garantía de ciertos derechos, es perfectamente posible extender su alcance a través de una interpretación basada en el numeral 2 del artículo 19<sup>545</sup>. Toda la construcción de una efectiva garantía de los derechos se basa en la idea de igualdad y no discriminación. Bastaría con una interpretación adecuada de este derecho para poder garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados constitucional e internacionalmente.

---

<sup>545</sup> Art. 19.2: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Por tanto, es posible concluir que es perfectamente posible que los tribunales chilenos apliquen, sobre la base del actual texto constitucional, los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional colombiana acerca del estado de cosas inconstitucional para hacer frente a violaciones estructurales de derechos fundamentales. Su aplicación permitiría cumplir con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y además, le daría plena eficacia a los derechos humanos en el ámbito interno.

\* \*

\*

Por tanto, la acción de protección constitucional tiene una serie de problemas, pero estos no son insalvables. El punto que me interesa destacar es que más allá de los problemas a que he hecho mención, es posible reinterpretar los alcances de la acción de protección chilena que le permita efectivamente cumplir con la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos en el ámbito nacional. Para que esta interpretación se instale en la labor jurisdiccional es necesario que los órganos jurisdiccionales asuman que la Constitución es un texto normativo y no meramente programático, y los derechos fundamentales son un criterio de validación de la actividad del Estado, como única vía para dar efectividad a los derechos<sup>546</sup>.

---

<sup>546</sup> En esta materia es interesante la postura que ha adoptado la Corte Constitucional colombiana, quien ha señalado que "... esta Corte ha insistido en que la única forma como los derechos constitucionales pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos, como lo señala la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, *"son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo"*, y por ende no pueden *"ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo"*. Igualmente esta Corte ha resaltado que no puede condicionarse la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría *"quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías - y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas"*, C-251/02, considerando 11° (cursivas en el original).

---

**CAPITULO VII. CONCEPCION DERECHOS FUNDAMENTALES.  
LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD**

---



## **I. LA CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA**

A partir de los elementos que he señalado en los capítulos anteriores, es posible configurar en la justicia constitucional latinoamericana una concepción de los derechos fundamentales que le da un alcance particular a los elementos propios de un concepto aceptado de derechos fundamentales:

- Estándar normativo sobre derechos individuales: la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional interpreta estos estándares normativos como un sistema complejo de normas, integrado por principios y reglas. Los efectos concretos de esta interpretación han sido la configuración de derechos fundamentales a partir de principios constitucionales, la concreción de derechos fundamentales consagrados como principios y, en materia de solución de conflictos entre principios, la aplicación de la ponderación como instrumento hermenéutico. Además, estos estándares normativos han sido interpretados como obligaciones complejas que, en cada derecho, implican al Estado obligaciones positivas y de abstención.
- Recepción constitucional: la jurisprudencia estudiada ha interpretado que los derechos con protección constitucional son aquellos contemplados en los catálogos de derechos constitucionales y también gozan de esta protección especial aquellos derechos que pueden estar establecidos en otros lugares del texto constitucional (expresados como normas, ya sea principios o reglas), además esta protección especial se aplica a otros que son incorporados por vía interpretativa. Destaca en este punto el desarrollo amplio que se ha hecho de la institución del "Bloque de Constitucionalidad" y la tendencia a considerar la jurisprudencia internacional como fuente de los derechos (vía interpretación auténtica de los mismos).

- Funciones: la jurisprudencia constitucional estudiada entiende los derechos como un límite al poder del Estado que se expresa a través de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. La función objetiva se vincula con la legitimación de las decisiones de los órganos del Estado; la subjetiva, con la garantía efectiva de derechos subjetivos iusfundamentales. La jurisprudencia ha dado un alcance amplio a esta función y, en particular, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la institución del "estado de cosas inconstitucional" que permite redefinir, a partir de las necesidades de protección que plantea la realidad local, un diseño de garantía a través de esta figura. Esto ha permitido cumplir en forma sui géneris con las funciones objetivas y subjetivas en ciertos casos de violaciones estructurales de derechos fundamentales.

He sostenido en los capítulos anteriores, que esta concepción de derechos fundamentales es una forma de solucionar ciertos casos concretos vinculados con violaciones de derechos fundamentales, que permite cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos y además, da efectividad en su protección en el ámbito interno.

Sin embargo, cumplimiento de estos requisitos no es suficiente para la legitimidad de esta concepción de derechos fundamentales. Toda concepción de derechos fundamentales que sostenga que éstos pueden limitar las decisiones de las mayorías, implica algún grado de tensión con la idea de democracia. Por tanto, la concepción de derechos fundamentales que se desarrolle en todo sistema normativo deberá resolver la cuestión de su legitimidad en una sociedad democrática. La legitimidad de la constitucionalización de una visión fuerte de derechos y de los mecanismos de control no mayoritarios, implica adoptar una posición en el debate sobre democracia y derechos fundamentales, de forma tal que, optar por una concepción de estos derechos, implica también tomar posición en el debate sobre el sistema democrático.

Tal como diría RAWLS, la jurisprudencia constitucional latinoamericana analizada en esta investigación, supone una idea de democracia como un procedimiento de toma de

decisiones que podría ser calificado como “justicia procesal imperfecta”. La legitimidad del sistema está dada por el procedimiento (regla de mayorías) y por un factor de corrección (el respeto por los derechos fundamentales como legitimadores de la decisión), entendiendo que estamos frente a un procedimiento de toma de decisiones que permita acercarse a una decisión justa, aunque no la garantice<sup>547</sup>. Esto constituye una visión fuerte de los derechos que debe ser justificada.

Al momento de analizar la pregunta sobre la legitimidad de una concepción de derechos fundamentales, es necesario acotar adecuadamente el objeto de la discusión. Si uno observa el debate que se ha dado en el campo de la filosofía política sobre la legitimidad de los derechos fundamentales en un sistema democrático es posible observar al menos dos niveles de discusión, los que en muchas ocasiones de superponen, dificultando de esta forma la solución del problema. Por tanto, es necesario tener en consideración si estamos hablando (a) de la legitimidad de un cierto diseño institucional o (b) de una praxis determinada dentro del diseño elegido.

En efecto, buena parte de las críticas que se formulan a la idea de derechos fundamentales proviene de su incompatibilidad con un sistema democrático regido por la regla de mayorías, esto es, una cuestión vinculada con el diseño de las instituciones políticas y, por tanto, una cuestión teórica. Otra crítica está dirigida a cuestionar la forma en que son consagrados constitucionalmente los derechos o si los jueces cumplen adecuadamente su rol, esto es, críticas formuladas a la praxis dentro de un diseño institucional; ergo, una cuestión empírica. De esta forma, la pregunta sobre la legitimidad debe distinguir claramente a qué se refiere: al diseño o a la praxis institucional.

Teniendo clara esta distinción es posible delimitar el debate. El **diseño institucional**, esto es, la decisión sobre la consagración de derechos con rango constitucional y el establecimiento de un mecanismo de control jurisdiccional, es una cuestión que se resuelve dentro del acuerdo constitucional básico del diseño de un cierto tipo de

---

<sup>547</sup> Para Rawls la característica de la justicia procesal imperfecta es “que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad”, (Rawls, 1971: 90).

sociedad. Por tanto, la legitimidad está dada en el debate constitucional y su resolución es una cuestión de política constitucional.

La **praxis de los órganos del sistema**, esto es, la forma en que las instituciones implementan el diseño institucional, también debe resolver la cuestión de su legitimidad. En este caso, la pregunta por la legitimidad de la actuación de las instituciones supone el diseño institucional y tendrá que responder por dos cuestiones: la actuación de los órganos dentro de su competencia y a través de los procedimientos constitucionales establecidos al efecto.

A continuación me haré cargo de las posibles objeciones a la legitimidad de la concepción de derechos fundamentales que emana de cierta parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana. Dividiré el análisis en dos niveles: la legitimidad de dicho modelo a la luz de la tensión que puede surgir entre democracia y derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y la legitimidad de la concepción de derechos fundamentales desarrollada dentro del modelo institucional de una democracia constitucional. Sostendré que el diseño institucional que consagra derechos de rango constitucional y establece un mecanismo de control jurisdiccional es compatible con un sistema democrático y más aún, que el propio sistema democrático se justifica precisamente sobre la base de una estructura basada en derechos fundamentales. Además, sostendré que la concepción es legítima dentro del diseño institucional.

## **II. LA LEGITIMIDAD DEL DISEÑO INSTITUCIONAL**

Un primer paso para justificar la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, es ver la legitimidad del diseño institucional donde se inserta esta concepción de los derechos fundamentales.

A continuación, abordaré el debate sobre la legitimidad de una concepción de derechos fundamentales como la desarrollada en esta tesis, en el contexto de una sociedad democrática en el siguiente orden: (1) reseñaré la crítica más influyente a la

compatibilidad entre derechos fundamentales y democracia; (2) reseñaré las posiciones más influyentes que defienden la compatibilidad de ambos sistemas; y (3) formularé algunas reflexiones sobre este debate y la posición que, a mi juicio, permite de mejor forma justificar una visión robusta de los derechos fundamentales.

## **1. CRITICAS RADICALES**

### **1.1. Waldron**

La objeción más fuerte a la idea de atrincherar derechos en la constitución y, en particular a establecer un sistema de control contramayoritario, es la que ha sostenido WALDRON. Este autor formula su crítica a la vinculación entre los derechos morales y los derechos constitucionales sobre la base de las siguientes premisas: (a) tener un derecho moral a algo no implica que se deba tener un derecho legal a ello; (b) los derechos atrincherados, al necesitar de reconocimiento constitucional, quedan expuestos a rigideces verbales; (c) no es claro qué derechos deben ser atrincherados, siendo esta una cuestión altamente controvertida en sociedades plurales; y (d) confiar el “coto vedado” a un tribunal no es aceptar como regla de discusión “la que deriva de la mejor teoría de la justicia, sino que aquella que establezca un tribunal”<sup>548</sup>.

Analizaré algunos aspectos que me parecen centrales en la crítica de WALDRON a la consagración constitucional de los derechos y al diseño institucional que permite un control jurisdiccional de los mismos. Este autor sostiene una objeción general a las teorías fundadas en derechos. Sin embargo, señala que aun en caso de considerarlos, no habría razones suficientes para su institucionalización<sup>549</sup>. A su juicio, la institucionalización de los derechos y, en particular su consagración constitucional tiene un problema central: el efecto que produce dejar la definición del contenido de los

---

<sup>548</sup> Waldron, 2004: 209-312. En particular este tema está tratado en los capítulos 10, 11 y 13 de esta obra. Un nuevo acercamiento al tema, aunque centrado en el tema del activismo judicial, lo encontramos en Waldron, 2006: 1346-1406.

<sup>549</sup> Waldron, 2004: 216-219.

mismos fuera del alcance del legislador y, por tanto, arrebatarle la decisión final al sujeto titular de los mismos dejándolo entregado a un tercero, que es el juez<sup>550</sup>.

Esta crítica es consecuencia de la centralidad otorgada por WALDRON al derecho de participación, que es concebido por el autor como “el derecho de los derechos”<sup>551</sup>. A su juicio, el derecho de participación es especialmente apropiado en situaciones en que existe un desacuerdo razonable sobre qué derechos tenemos. En efecto, la teoría de WALDRON está basada en la idea de desacuerdo, esto es, que en sociedades plurales es normal la existencia de discordia acerca de qué derechos tenemos y el alcance de los mismos. En ese sentido el derecho de participación es de carácter instrumental, pues nos permite resolver estos desacuerdos<sup>552</sup>.

El razonamiento de WALDRON es el siguiente: como el desacuerdo es posible, es necesario contar con un procedimiento político para resolver aquello en lo que diferimos (qué derechos o su alcance). El problema radica en quién tomará la decisión final para resolver este desacuerdo. A su juicio, si dejamos esta decisión en la Corte Suprema (o en otro órgano jurisdiccional) estaremos dejando la decisión en un tercero que no tiene legitimidad para resolverlo. Por ello, sostiene que el desacuerdo debe ser resuelto por los mismos titulares, evitando de esta forma, una contradicción entre el titular y sus derechos. En este sentido, el derecho de participación es instrumental, no solo es un derecho en sí, sino que además permite resolver el tema de la autoridad<sup>553</sup>.

Al abordar el tema de la concepción constitucional de la democracia<sup>554</sup>, WALDRON parte de la idea del derecho de participación como un instrumento que resulta esencial para la resolución de los desacuerdos. Luego, distingue dos categorías de derechos presentes en una democracia: aquellos que son constitutivos del proceso democrático

---

<sup>550</sup> Waldron, 2004: 221.

<sup>551</sup> Waldron, 2004: 232.

<sup>552</sup> Waldron, 2004: 239.

<sup>553</sup> Waldron, 2004: 243.

<sup>554</sup> Waldron, 2004: cap. 13.

y aquellos necesarios para su legitimidad. Si bien acepta estas categorías, reitera que en cada caso será necesario determinar su alcance y contenido, lo que eventualmente puede producir un desacuerdo que requiera de una resolución. Este es el punto en que el autor critica una eventual resolución del desacuerdo por vía judicial. Sostiene que si la decisión queda entregada al poder judicial estaríamos subyugando el poder político al judicial, lo que constituye un problema en una democracia basada en la participación de los ciudadanos en la resolución de los desacuerdos que puedan legítimamente presentarse<sup>555</sup>. Para WALDRON la vía judicial no mejora el proceso de deliberación y participación, sino por el contrario. Entregando la decisión de los desacuerdos a los tribunales, una institución no electa y no responsable, algo se pierde desde el punto de vista democrático<sup>556</sup>. En definitiva, si hay desacuerdos, hay un derecho a participar en su resolución<sup>557</sup>.

Finalmente, este razonamiento lleva a WALDRON a plantear que los derechos no solo pueden pensarse en términos sustantivos, sino también procedimentales. Es necesario buscar el mejor camino para resolver los desacuerdos y esto es un tema fundamentalmente de procedimientos y no sustantivo<sup>558</sup>. A su juicio, si discrepamos sobre el contenido sustantivo de los derechos no podemos más que acordar sobre procedimientos para saldar nuestros desacuerdos. De esta forma, la cuestión será enfrentar el procedimiento democrático al procedimiento contramayoritario. Dado el reconocimiento que la democracia hace de cada ciudadano como igualmente digno, el procedimiento democrático lleva la ventaja, aunque sus resultados sean tan falibles como el contramayoritario. Por tanto, en una sociedad democrática basada en derechos, es necesario decidir qué ámbitos no se regirán por mayorías y, *después*, habrá que darle contenido a los contornos. Por tanto, son ineludibles los

---

<sup>555</sup> Waldron, 2004: 283-285.

<sup>556</sup> Waldron, 2004: 293.

<sup>557</sup> Waldron, 2004: 296.

<sup>558</sup> Waldron, 2004: 295-296.

procedimientos y de esta forma el constitucionalismo consistirá en una combinación de procedimientos<sup>559</sup>.

## 1.2. Hart Ely

La tesis central de la concepción procedimental de la democracia se desarrolla a partir de una interpretación de la experiencia institucional norteamericana. Uno de los principales representantes de esta visión procedimental es HART ELY<sup>560</sup>. Este autor basa su interpretación en una supuesta naturaleza procedimental de la Constitución de Estados Unidos. Sostiene que, en sus orígenes, los alegatos de los ciudadanos no fueron sustantivos, sino que procedimentales<sup>561</sup>. Había una especial valoración del proceso democrático, por lo que la idea de incluir en el texto constitucional una Declaración de Derechos no surgió sino al final de la Convención Constituyente y esta fue rechazada<sup>562</sup>. Asimismo, sostiene que las enmiendas a la Constitución no designan valores sustantivos que deban protegerse de los procesos políticos, sino que el énfasis ha estado en la extensión del sufragio a grupos anteriormente excluidos. Por tanto, el tema predominante en el desarrollo constitucional norteamericano es un consenso sobre el proceso político abierto a todos en base a la igualdad y el deber de los representantes de prestar igual atención y respeto a las mayorías y minorías.

Este autor no pone en duda que la Constitución siempre haya estado sustancialmente preocupada por la preservación de la libertad. Lo relevante para él es poner atención en cómo se ha perseguido ese objetivo<sup>563</sup>. Esto se ha hecho a través del proceso de protecciones procedimentales y de un esquema para asegurar que, en decisiones sustantivas, el proceso sea abierto a todos (base en la igualdad) y quienes decidan

---

<sup>559</sup> Waldron, 2004: cap. 13.

<sup>560</sup> Hart Ely, 1997.

<sup>561</sup> Hart Ely, 1997: 114-5.

<sup>562</sup> Hart Ely, 1997: 116-119.

<sup>563</sup> Hart Ely, 1997: 127.

tengan en cuenta los intereses de todos los afectados. Dicha estrategia no contempla la consagración de derechos sustantivos.

A su juicio, el desarrollo constitucional de Estados Unidos durante el s. XIX fortaleció sustancialmente el compromiso original de controlar a través del gobierno de la mayoría<sup>564</sup>. Así “cualquiera sea la explicación y concediendo matices, el gobierno acorde con el consentimiento de la mayoría de los gobernados es el núcleo del sistema de gobierno norteamericano”<sup>565</sup>.

Sin embargo, para HART ELY esto no es suficiente, ya que la mayoría podría adjudicarse beneficios a expensas de la minoría. La parte difícil es diseñar mecanismos que protejan a la minoría, pero que a su vez no entren en contradicción con el gobierno de la mayoría. Surge entonces en su pensamiento procedimental, una nueva explicación de las principales enmiendas, que normalmente han sido interpretadas como “derechos sustantivos” (debido proceso, cláusula de privilegios e inmunidades y cláusula de igual protección). Para HART ELY interpretar estas enmiendas como la inclusión en el texto constitucional de derechos sustantivos no sería posible, ya que estas deben ser interpretadas coherentemente con un sistema procedimental.

En primer lugar, la enmienda 14<sup>a</sup>, según la cual “ningún estado puede privar a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso penal”, ha sido la base sobre la cual la Corte Suprema ha fundado su activismo. Esta cláusula puede ser leída bajo una interpretación procedimental u otras. Para ELY sería un error, al momento de interpretar, desconocer la “intención de los constituyentes”, cuestión que se obtendría a partir del propio lenguaje constitucional. El lenguaje de la disposición sería la única evidencia confiable acerca de lo que pensaban quienes la ratificaron al momento de aprobarla. Preguntar entonces por el debido proceso llevará a la Corte a formularse una serie de problemas para los que la Constitución no tiene respuesta<sup>566</sup>.

---

<sup>564</sup> Hart Ely, 1997: 25.

<sup>565</sup> Hart Ely, 1997: 26.

En cuanto a la cláusula sobre *privilegios e inmunidades* de la Constitución norteamericana, esta sería de control sustantivo según HART ELY, sin embargo no habría tenido aplicación práctica porque el lenguaje de la cláusula causa temor. La posición de este autor al respecto es que dicha cláusula debe ser entendida a la luz del propósito general que anima a las enmiendas, esto es, la igualdad de los afrodescendientes. Una manera de asegurar la igualdad sustancial es designar un conjunto de bienes que no pueden ser negados a nadie. Ello permite un enfoque más amplio a los derechos de todos, en términos tales que “antes, durante y después de la redacción de las enmiendas de la Reconstrucción, las nociones de igualdad y de derechos sustantivos tendieron a fundirse y es comprensible que esto haya ocurrido”<sup>567</sup>. Los derechos sustantivos se constituían ya sea vía un señalamiento expreso, o bien, mediante la igualdad<sup>568</sup>.

Respecto de la enmienda de igualdad de protección, el autor señala que el propósito de esta cláusula de igualdad era prohibir ciertas formas de desigualdad. Si bien se usó deliberadamente un lenguaje general, su objetivo era la raza. En términos generales, lo esencial es que siempre hay distinciones, siendo lo relevante la “prueba de racionalidad”, según la cual son necesarios otros criterios más fuertes que el texto constitucional no entrega. En consecuencia, resulta inevitable alguna libertad de interpretación, pero esta también se encuentra limitada al tema de la igualdad. La cláusula de igualdad de protección debe equivaler a lo que HART ELY ha sostenido que equivale la cláusula de privilegios e inmunidades, esto es, un mandato lo bastante amplio para juzgar la validez de las opciones gubernamentales<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> Hart Ely, 1997: 34-38.

<sup>567</sup> Hart Ely, 1997: 43.

<sup>568</sup> Hart Ely rechaza, en todo caso, la interpretación del magistrado Blake quien sostenía que a través de esta cláusula se “incorporaba” la Declaración de Derechos y que la haría aplicable a todos los Estados. Ello, a juicio de Hart Ely, sería llevar a una interpretación libre, que rechaza (Hart Ely, 1997: 47).

<sup>569</sup> Hart Ely, 1997: 49-51.

Finalmente, respecto de la novena enmienda, señala que leída en forma literal esta parece tener una textura lo suficientemente abierta como para apoyar casi cualquier cosa que se desee argumentar y esta idea puede causar bastante temor. La enmienda 9ª habla de derechos no enumerados. La conclusión de que el propósito de la enmienda 9ª era señalar la existencia de derechos constitucionales federales más allá de aquellos enumerados en la Constitución. Esta es la única conclusión posible sin forzar el lenguaje en que está formulada<sup>570</sup>.

En conclusión, para HART ELY la fórmula democrática es de tipo procedimental. La Constitución regula la toma de decisiones colectivas a través del respeto de la regla de mayorías. Las enmiendas que han sido interpretadas como derechos sustantivos, no serían tales, sino que son fórmulas para ampliar la capacidad de decisión de ciertos sectores que han sido excluidos del debate público. En base a esta propuesta es posible sostener una concepción procedimental de la democracia donde prima la regla de mayorías.

## **2. VISION FUERTE DE LOS DERECHOS**

### **2.1. Dworkin**

En este debate, una de las voces más autorizadas es la de DWORKIN, quien ha sido un fuerte defensor de un activo rol de los jueces en materia de interpretación de los principios constitucionales y, en particular, de aquellos que consagran derechos morales. En primer lugar, DWORKIN pretende despejar una confusión sobre la actividad de interpretación de la Constitución. Para él la lectura moral de la Constitución (*moral reading of the Constitution*) propone que “todos los actores interpreten y apliquen las cláusulas abstractas en el entendido que están invocando principios morales sobre la decencia política y justicia”<sup>571</sup>. Esta lectura moral implica poner la moralidad política al centro del derecho constitucional.

---

<sup>570</sup> Hart Ely, 1997: 53-57.

<sup>571</sup> Dworkin, 1997: 2.

DWORKIN propone una visión sustantiva de los derechos y de la democracia. Su punto de partida en el análisis radica en un principio igualitario abstracto: “el gobierno tiene que mejorar la vida de los ciudadanos y tratar con igual consideración a los miembros de la comunidad”<sup>572</sup>. A su juicio, la interpretación preferida de la igualdad de consideración no sólo afectará al diseño de las instituciones fundamentales de gobierno, sino también a las decisiones concretas que tomen estas instituciones.

La pregunta que guiará su estudio sobre la igualdad política es: ¿qué tipo de democracia es más apropiada para una sociedad igualitaria? Según DWORKIN son dos las aproximaciones a una concepción de democracia: democracia dependiente y democracia independiente<sup>573</sup>. La concepción dependiente supone “que la mejor forma de democracia es aquella que genere con mayor probabilidad las decisiones y los resultados sustantivos que tratan a todos los miembros de la comunidad con igual consideración”<sup>574</sup>. Los rasgos fundamentales de una democracia, en esta concepción, se justifican porque es más probable que una comunidad en la que el voto está ampliamente extendido y hay libertad de expresión distribuya los recursos materiales y otras oportunidades y valores en forma igualitaria. La concepción independiente supone que juzguemos si un procedimiento es justo o democrático observando sólo las características de ese procedimiento, planteándonos solamente si distribuye el poder político de forma equitativa, no qué resultados promete que va producir. Esta concepción justifica los supuestos fundamentales en forma austera: el voto y libertad de expresión nos ayudan a que el poder político sea más equitativo.

DWORKIN opta por una concepción dependiente de la democracia y los resultados serán aquellos objetivos de agencia y simbólicos, regidos por el principio de integridad. Por tanto, la regla que permite la toma de decisiones colectivas estará validada en la

---

<sup>572</sup> Dworkin, 2003: 203.

<sup>573</sup> Dworkin, 2003: 204-5.

<sup>574</sup> Dworkin, 2003: 204-5.

medida que logra ciertos resultados esperados. Los derechos, en esta concepción, legitiman la decisión de mayorías en la medida que las decisiones tomadas por medio de este mecanismo logre los resultados esperados.

Esta concepción de la democracia le permite a DWORKIN sostener la legitimidad del control jurisdiccional en la medida que los resultados que se obtengan sean compatibles con el trato de los individuos con igual consideración por parte de la autoridad.

Según DWORKIN la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica contiene cláusulas que protegen a los individuos (*Bill of Rights* más las enmiendas post-guerra civil) muchas de estas con un contenido abstracto. El mandato general de la Constitución es que el gobierno debe tratar a los sujetos como iguales en moral y en status político<sup>575</sup>. En una lectura moral, las cláusulas constitucionales que expresan principios morales son derechos y la autoridad para determinar su contenido concreto puede radicarse en el juez o en el parlamento<sup>576</sup>. Dentro de este diseño institucional, no se excluye la necesidad de tomar medidas contramayoritarias, en la medida de que se garantice el trato con igual consideración del ciudadano. En este sentido, DWORKIN se pregunta ¿qué valor se estaría afectando cuando una decisión judicial contraría a la decisión mayoritaria? Las alternativas serían que se afecta la igualdad; la libertad de la comunidad (autogobierno); las libertades positivas y negativas (I. Berlin); o bien, el riesgo de sentir que la decisión no es la propia<sup>577</sup>. A juicio de DWORKIN, no se afecta la libertad, porque el acuerdo constitucional en una perspectiva relacional debe incluir la opción de omitir el acuerdo; tampoco se afecta la igualdad, ya que esta solo estaría en referencia a la igualdad política, que no es el concepto integral de igualdad; tampoco las ideas comunitarias son un argumento fuerte, ya que la discusión que se genera en torno a la discusión judicial puede ser más

---

<sup>575</sup> Dworkin, 1997: 7-8.

<sup>576</sup> Dworkin, 1997: 12-3.

<sup>577</sup> Dworkin, 1997: 22.

fuerte y contribuir de mejor manera al “espíritu” de la comunidad que un acuerdo de mayorías<sup>578</sup>.

En otro trabajo, nos recuerda DWORKIN que se ha sostenido por parte de la doctrina que en los casos de control jurisdiccional de los actos parlamentarios, las decisiones judiciales no respetarían ni la igualdad de impacto, ni la de influencia y, por tanto, han sido considerados acuerdos antidemocráticos<sup>579</sup>. En una concepción dependiente de democracia, como la que propone DWORKIN<sup>580</sup>, dicha resolución contramayoritaria no sería antidemocrática, toda vez que no afecta ninguno de los objetivos de la democracia, ni aquellos de tipo simbólicos, ni los de agencia<sup>581</sup>. Más aún, la decisión judicial sobre estos temas insensibles al acuerdo de mayorías proporciona un foro político en el que los ciudadanos pueden participar, si lo desean, con sus argumentos, de una manera más directa, incluso que como lo hacen con el voto. Lo central para que la revisión judicial en base a principios sea un aporte es que esta se limite a los casos que no son de decisión política de mayorías<sup>582</sup>.

Por tanto, si se produce alguna regulación o se ejecuta una acción gubernamental que afecta el carácter democrático de la comunidad, el acuerdo constitucional puede legítimamente asignar la resolución de esa cuestión a un tribunal sin afectar la democracia. En dicho caso la intervención judicial no implica costos morales; al

---

<sup>578</sup> Dworkin, 1997: 23-31.

<sup>579</sup> Dworkin, 2003: 228. El impacto de una persona en política es la “diferencia que puede establecer por sí solo votando o eligiendo a favor de una decisión en vez de a favor de otra”; la influencia es “la diferencia que establece no sólo de por sí, sino también guiando o induciendo a otros a creer o a votar o a elegir como él” (Dworkin, 2003: 210).

<sup>580</sup> Su propuesta es una “concepción dependiente de democracia que otorga lugar limitado, aunque importante a la igualdad de impacto, y ninguno a la igualdad de influencia” (Dworkin, 2003: 219). De esta forma, para Dworkin la democracia debe ser evaluada en la medida que es capaz de cumplir con su objetivo final, cual es, un sistema que trate a todos los individuos con igual consideración y no en base a un cumplimiento meramente procedimental en cuanto a la distribución del poder.

<sup>581</sup> Dworkin, refiriéndose en concreto al caso norteamericano, señala que “[la revisión judicial] no impide la igualdad de voto, pues una forma de división en distritos y, en sí misma, no refleja desprecio o indiferencia alguna hacia ningún grupo o comunidad. La revisión judicial, por otro lado, tampoco daña los objetivos de agencia de la democracia. Al contrario, protege esos objetivos otorgando una protección especial a la libertad de expresión y a las otras libertades que nutren la agencia moral en política”, Dworkin, 2003: 229.

<sup>582</sup> Dworkin, 2003: 229-230.

contrario, si la Corte no interviene, todos estaríamos en una situación peor desde una perspectiva democrática. Para DWORKIN es posible que se cometan errores en la decisión judicial, pero no es menos cierto que en las decisiones legislativas y administrativas se corre el mismo riesgo de error<sup>583</sup>.

En definitiva, para DWORKIN es una falacia que las decisiones contramayoritarias afecten a la democracia; el control procedimental como fundamento de un sistema democrático no puede excluir el control judicial. La “lectura moral” procede en todos los casos en que las normas contengan mandatos abstractos relativos a principios, lo que implica la aplicación de la teoría constitucional y la práctica habitual<sup>584</sup>. Para DWORKIN, no hay alternativa, debe ser usado un sistema sobre la base de resultados y no meramente procedimental.

## **2.2. Rawls**

Para este debate parece relevante en el diseño de RAWLS la idea de razón pública y el rol que juega el poder judicial. RAWLS sostiene que para el liberalismo político el ejercicio del poder político es apropiado y, por tanto, justificable, sólo cuando se ejerce en concordancia con una constitución, cuyos elementos esenciales todos los ciudadanos pueden suscribir a la luz de principios e ideas aceptables para ellos como razonables y racionales. Ello obliga a los ciudadanos a tener la disposición a escuchar a los demás y actuar con imparcialidad, con apego a lo justo, al decidir cuándo han de hacerse los ajustes, razonablemente, para conciliar sus propios puntos de vista con los de sus conciudadanos.

De esta forma, la legitimidad está estrechamente vinculada con la razón pública; en efecto, la voluntad común debe formarse a través de un procedimiento que se base en ideas que puedan ser razonablemente suscritas por todos y que no sean manifestación de una determinada concepción comprensiva. Esta vinculación y por tanto, las

---

<sup>583</sup> Dworkin, 1997: 32-3.

<sup>584</sup> Dworkin, 1997: 34.

exigencias de la razón pública, no sólo obligan a las autoridades, sino que a todos los ciudadanos en el ejercicio de su poder público coercitivo. Por ello, esta razón pública se debe manifestar en toda la relación política entre los ciudadanos dentro de la estructura básica de la sociedad; implica una participación igual en el poder político coercitivo que ejercen unos ciudadanos sobre otros en el acto de votar y por otros medios.

En definitiva, lo que nos pide la razón pública es que los ciudadanos sean capaces de explicar los fundamentos de sus actos en términos que cada cual espere razonablemente que los demás puedan suscribir, por ser congruentes con su libertad y su igualdad ante la ley<sup>585</sup>.

En cuanto al rol del poder judicial, RAWLS parte de la base de una estructura dualista, donde distingue el poder constituyente y el poder ordinario de los funcionarios. En dicha estructura, el poder supremo no lo puede ejercer uno solo de los poderes del Estado, sino que este “poder más alto y supremo lo ejercen las tres ramas, en una relación debidamente especificada de una con la otra, y cada una es responsable ante el pueblo”<sup>586</sup>. A partir de estos principios sostiene que la Suprema Corte encaja en la idea de una democracia constitucional dualista como “uno de los recursos institucionales para proteger a la ley más alta”<sup>587</sup>. Sobre el rol de la Corte y la objeción contramayoritaria, Rawls señala que la “Suprema Corte no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente”<sup>588</sup>.

---

<sup>585</sup> Dworkin, 2003: 208.

<sup>586</sup> Rawls, 1993: 220-221. En este sentido Rawls sigue la tesis de Ackerman sobre la democracia dualista, para una versión en español ver Ackerman, 1988: 217-262.

<sup>587</sup> Rawls, 1993: 222.

<sup>588</sup> Rawls, 1993: 222.

De esta forma, es evidente que Rawls ha renovado ciertas cuestiones centrales del pensamiento que inspiró la constitucionalización de los derechos individuales y ha puesto al día la teoría constitucional para encontrar una explicación coherente respecto de la idea de consagrar los derechos en la constitución y establecer ciertos mecanismos de protección.

### **3. La justificación del diseño institucional sobre la base del principio del autogobierno**

He señalado *supra* -en el capítulo I- que los derechos humanos consagrados nacional e internacionalmente, están fundados en la idea de autogobierno. Si se acepta que los derechos fundamentales están basados en el autogobierno también debe aceptarse que no puede haber una contradicción entre estos derechos y la democracia. En efecto, el autogobierno, expresado a través del sistema democrático que usa como instrumento para la toma de decisiones colectiva la regla de mayorías, sólo se configura legítimamente cuando se respetan los derechos fundamentales que son precondiciones para constituir dicha voluntad colectiva.

En la medida que el autogobierno sea el punto de acuerdo que da legitimidad a los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede haber contradicción con el sistema democrático o déficit democrático, ya que autogobierno y democracia se justifican en niveles diferentes. La democracia -implementada a través de la regla de mayorías- estará legitimada en la medida que cumpla con estos derechos mínimos que permiten el autogobierno<sup>589</sup>.

---

<sup>589</sup> Hay una crítica sobre “la paradoja del presupuesto” que señala que a mayor acuerdo en los presupuestos de la democracia como derechos fundamentales, son menos los asuntos relevantes que quedan para la discusión pública. Esta es una crítica interesante, pero me parece errada a la luz de la situación actual de los derechos humanos. Esta crítica solo sería justificada frente a una inflación de derechos, pero esto no corresponde a la realidad. Por tanto, desde la praxis no es una crítica acertada. Desde la teoría tampoco lo es, ya que se pone en el caso de un exceso, esto es, desde un absurdo y esto desvirtúa la discusión. Los derechos humanos son derechos mínimos que permiten el autogobierno e incluso respecto de estos derechos queda abierto un amplio espacio a la discusión, en particular a la forma en que pueden ser efectivamente garantizados por el Estado. No hay duda que el sentido del “coto vedado” es precisamente la protección de estos mínimos, nada más.

De esta forma, la crítica de WALDRON es equivocada ya que no puede haber tensión entre los derechos fundamentales y la democracia, ya que este sistema de gobierno supone los derechos fundamentales. En este sentido, el acuerdo sobre derechos humanos está en un plano más profundo que el de democracia, su justificación es en el autogobierno y no en las formas de ejercicio de este principio (sistema democrático).

Comparto la crítica de BAYON a WALDRON en el sentido que la adopción de una regla de decisión en caso de desacuerdos sólo puede hacerse por y desde razones sustantivas. En caso de desacuerdo la adopción de una u otra posición obedecerá a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de la comunidad. Nada impide la adopción de una regla de decisión que contenga restricciones sustantivas, en este caso, esas restricciones sustantivas pueden declararse 'inmodificables'. El problema viene del llamado 'procedimiento de determinación', hay casos en que es innecesario el procedimiento, esto es, cuando hay reglas determinadas; pero en otros sí lo es, en particular cuando se formulan reglas en base a principios y estas generalizaciones ocurren cuando no sabemos o no queremos ser más precisos<sup>590</sup>. Aquí el límite real de la decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad establezca que es el contenido de esos derechos, porque por discutibles o infundados que puedan parecernos las decisiones que adopte el órgano, su firmeza no está condicionada a su corrección material.

Para WALDRON toda regla de decisión colectiva última tiene que ser estrictamente procedimental, de forma tal que estamos eligiendo entre dos reglas de decisión colectiva, ambas falibles. Desde este punto de vista, para WALDRON sólo la regla de mayorías reconoce la igualdad de los individuos. El punto relevante, a mi juicio, es que esta regla de mayorías no se legitima no en sí misma, sino que tiene justificación como instrumento para la toma de decisiones, en la medida que se exprese dentro de un sistema normativo donde han sido respetados ciertos derechos mínimos, que son precisamente aquellos consagrados como derechos humanos internacionalmente. Por

---

<sup>590</sup> Bayón, 2001: 82-84. Un desarrollo más amplio de la posición de Bayón se puede encontrar en un excelente trabajo del año 2005, ver Bayón, 2004: 67-138.

ello, la idea de WALDRON de que el derecho de participación es el “derecho de los derechos” es errada ya que no es posible pensar en la participación legítima en la medida que no hayan sido respetados un conjunto de condiciones que sirven de prerrequisito para que dicha regla funcione. No es razonable pensar en un sistema como el que propone WALDRON donde los mismos sujetos que van a ser limitados por los derechos humanos (la mayoría) determine el alcance y fije las reglas mínimas sobre las cuales ese acuerdo será legítimo. La clave para establecer este límite a la mayoría es precisamente sacar la decisión final, en caso de desacuerdo, de su ámbito de competencia; si no, no hay límite real.

A mayor abundamiento, parece extraña la propuesta de WALDRON de dejar entregada al parlamento la totalidad de la voluntad soberana cuando que es evidente la dificultad de un sistema de elección entre alternativas múltiples que dé garantías de efectividad (crítica desde la Teoría de la Elección Social)<sup>591</sup>. De esta forma, no sería correcto sostener que la regla de mayoría posea el valor intrínseco tal como sostiene WALDRON<sup>592</sup>.

La consecuencia me parece evidente, el poder legislativo, expresión del derecho de participación, gobierna legítimamente sólo en la medida que se le reconozca a la ciudadanía sus derechos fundamentales. La base del poder del legislador está sujeta a ciertas condiciones de legitimidad en cuanto al proceso a través del cual se constituye, su funcionamiento, su representatividad, los procedimientos que sigue, entre otros elementos. Las bases de la decisión política presuponen el respeto de

---

<sup>591</sup> Una crítica central a la concepción democrática basada en la regla de mayorías está basada en los estudios que señalan que no es posible determinar con exactitud qué quiere la mayoría y por tanto, el proceso está basado en decisiones erradas de lo que es la regla de mayorías como forma de toma de decisiones colectivas. Un importante crítico en esta materia es RIKER para quien ningún método de votación puede conciliar los juicios individuales y la imparcialidad, porque todo método de votación viola algún canon de imparcialidad o de razonabilidad. Sostiene este autor que todos los sistemas son, en algún modo, moralmente imperfectos y la elección social muchas veces es un artificio de métodos moralmente imperfectos más que una expresión de lo que la gente desea. Las votaciones no siempre reflejan una jerarquía de preferencias ya que ningún método logra satisfacer todos los elementos de la elección lógica (Riker, 2003: 161-194).

Sobre los problemas de las decisiones colectivas, ver Buchanan y Tullock, 2003: 195-215.

<sup>592</sup> Ver en este sentido, Bayón, 2001: 85-86.

derechos fundamentales, no sólo derechos que permitan la conformación del poder político (libertad de expresión, derechos de reunión, derechos de asociación, derecho a voto), sino que también cuestiones de representatividad sin discriminación, ciertas condiciones mínimas de vida y educación, procedimientos respetuosos de las minorías, entre otros.

Sobre la crítica a los jueces en el modelo de WALDRON me parece necesario tener en consideración que en un diseño institucional que reconozca el principio del autogobierno no hay razones para excluir a los jueces de la protección de los derechos que le sirven de condición mínima de legitimidad al sistema de gobierno democrático. La labor jurisdiccional tiene una responsabilidad central, al igual que los otros poderes del Estado. El parlamento no está ni mejor, ni peor posicionado para esta misión de respeto y garantía de los derechos fundamentales. Si en una sociedad hay desacuerdo sobre los derechos y su alcance, como señala WALDRON, será deber de cada órgano contribuir a su esclarecimiento. Ahora, los riesgos de dejar entregado en algunos casos la palabra final a los jueces sobre los derechos –que es una cuestión real- es una materia que debe ser abordada dentro del propio diseño institucional; pero no pueden ser usados dichos riesgos para excluir la labor jurisdiccional de principio.

En cuanto a la crítica de HART ELY me parece que no es compatible una visión puramente procedimental como la propuesta con la idea de los derechos humanos fundados en la idea del autogobierno. Toda la construcción de HART ELY termina suponiendo un derecho sustantivo. En efecto, toda la construcción de una democracia procedimental que propone este autor busca construir las bases para la toma de decisiones. Por tanto, lo que hay en el fondo es una cuestión sustantiva que no es otra que el autogobierno. Si este es el punto que interesa a HART ELY su construcción debe suponer los derechos humanos que legitiman la idea de autogobierno, en tanto derechos sustantivos y no meramente procedimentales.

La respuesta de DWORKIN ante este tema tampoco me parece correcta en su formulación. Me parece que la solución que da DWORKIN supone una cierta visión

comprehensiva de los sujetos<sup>593</sup> lo que limita su alcance. El principio de dignidad y las consecuencias que de él se desprenden supone una cierta visión moral de los sujetos que no explica adecuadamente al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, suponer una cierta “dignidad” de los seres humanos genera complicaciones porque el contenido de dicha calidad de sujeto digno sólo es posible explicarla en la medida que se converja en una visión común de qué son los seres humanos y esto no sirve como base común en el sistema internacional donde convergen diferentes visiones del ser humano. De ahí que el acuerdo moral sobre una cierta visión del ser humano pueda justificar ciertos acuerdos (en particular los sistemas constitucionales e incluso en alguna medida los regionales de derechos humanos) pero no puede servir de base común para justificarlos respecto de todos los Estados que concurren en la comunidad internacional.

\* \*

\*

En síntesis, con base en estos argumentos me parece posible sostener que un diseño que sea respetuoso del rol que juegan los derechos fundamentales en tanto precondiciones del autogobierno, justifica su consagración con un cierto nivel especial de protección, tanto normativa como jurisdiccional. De ahí que sea justificado en un sistema democrático consagrar como norma iusfundamental ciertos derechos mínimos que han sido recogidos internacionalmente como expresión del valor del autogobierno y un diseño institucional que los garantice a través del poder político como judicial. Por tanto, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana se inserta dentro de un modelo institucional legítimo en una sociedad democrática.

---

<sup>593</sup> Este aspecto de la tesis de Dworkin me parece especialmente claro en una de sus últimas publicaciones “Is Democracy Possible Here?”, particularmente en el Capítulo 1 “Common Ground” y 2 “Terrorism and Human Rights”, donde funda la base de los derechos humanos en la dignidad de la persona y en los principios que pueden extraerse de esta posición, ver Dworkin, 2006: 1-51.

### **III. LA LEGITIMIDAD DE LA PRAXIS JURISDICCIONAL**

Una vez resuelto el tema de la legitimidad del diseño institucional es necesario analizar legitimidad de la praxis jurisprudencial de la que emana la concepción de derechos fundamentales analizada en esta investigación. Tal como lo he sostenido en este trabajo, la concepción de derechos fundamentales corresponde a la forma en que la jurisprudencia entiende los elementos propios del concepto de derechos fundamentales a la luz de la realidad a la que debe hacer frente, teniendo en consideración los avances en el derecho comparado. Por ello, es evidente que la legitimidad de la concepción está dada por el hecho que el órgano de control constitucional actúe en forma legítima.

Sostendré en este apartado que la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional cumple con los requisitos de legitimidad que le pueden ser exigibles. Para ello seguiré el siguiente esquema: (1) me referiré al diseño institucional seguido por el constitucionalismo que ha servido de base para configurar la concepción de derechos fundamentales sobre la que hemos trabajado, y estableceré algunos criterios para determinar la legitimidad de la concepción de derechos fundamentales; (2) analizaré algunas cuestiones que parecen presentar problemas particulares de legitimidad y la respuesta que se desprende de la jurisprudencia constitucional; (3) finalmente, propondré algunas conclusiones.

#### **1. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA LEGITIMIDAD DENTRO DEL DISEÑO INSTITUCIONAL**

De acuerdo con BAYON los derechos fundamentales presentan dos características: son un límite a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio y son límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones de la mayoría. Para este autor lo central es dar argumentos que justifiquen “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del ‘coto vedado’ y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”<sup>594</sup>. La tesis de

---

<sup>594</sup> Bayón, 2000: 65-6.

GARZÓN VALDÉS sobre el 'coto vedado'<sup>595</sup> justifica el constitucionalismo, la primacía de una constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación vigente. Todo ello da lugar a distintos modelos institucionales y de control, que se expresan en un constitucionalismo más o menos fuerte.

Los diseños institucionales adoptados por las constituciones nacionales de los países cuyas jurisprudencias han sido analizadas en esta investigación, tienen elementos comunes: consagran constitucionalmente un sistema de derechos fundamentales y establecen mecanismos de control jurisdiccional contramayoritarios. Por tanto, el diseño institucional toma por opción un sistema de derechos con garantía constitucional y, además, opta por un sistema de control de las decisiones de las mayorías a través de mecanismos jurisdiccionales. Con ello lo que están haciendo es poner en un cierto nivel especial de protección los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, la legitimidad de la concepción de derechos fundamentales estará dada por su concordancia con dicho diseño institucional, esto es, con una visión fuerte de los derechos dentro de una sociedad democrática regida constitucionalmente.

La cuestión sobre la legitimidad de la concepción de derechos fundamentales estará vinculada con la actuación del órgano de control. Tal como he señalado *supra* me parece que son dos los elementos que definirán dicha legitimidad: la actuación dentro de su competencia y la compatibilidad con los procedimientos creados al efecto. En concreto, la concepción de derechos fundamentales será legítima en la medida que el

---

<sup>595</sup> "Este 'coto vedado' puede ser definido, en términos generales, como aquel ámbito constitucional que incluye principios y valores cuyo respeto y/o implementación permite asegurar un funcionamiento cabal de la democracia representativa.

El 'coto vedado' cumple una doble función. Por una parte, establece restricciones constitucionales al ejercicio de la decisión mayoritaria. Utilizando la terminología de Hans Kelsen, puede decirse que el 'coto vedado' asegura la vigencia del 'principio de la mayoría' e impide el 'dominio de la mayoría'. Por otra parte, ejerce una función 'despolitizadora': si quiere evitar la 'enfermedad republicana', como llamaba Alexis de Tocqueville a la tiranía de la mayoría, no todo puede ser objeto de la decisión mayoritaria, ni de los legisladores ni de los ciudadanos que con su voto contribuyen a la elección de aquéllos" (Garzón Valdés, 2003c: 57-70). Un desarrollo inicial de esta figura, en Garzón Valdés, 1993: 631-650.

órgano de control haya interpretado los derechos iusfundamentales dentro de ciertos márgenes de razonabilidad que pueden ser aceptados como una interpretación de buena fe de su competencia y que, para dicho fin, haya actuado dentro de los procedimientos constitucionales.

Sobre la cuestión de la **razonabilidad**, en la jurisprudencia constitucional estudiada se encuentran estos elementos, la concepción de derechos fundamentales que se desprende de la jurisprudencia constitucional ha interpretado los tres elementos que permiten configurar dicha concepción (estándar normativo, recepción constitucional y función limitadora) de forma tal que constituyen un sistema normativo coherente y eficaz que, además, es capaz de cumplir con los obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Un sistema con estas características debiera ser aceptado por quienes concurrieron al acuerdo constitucional original (poder constituyente) como una interpretación de buena fe del mandato dado al órgano jurisdiccional de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos sujetos a su jurisdicción. Además, permite una mejor resolución de los casos de derechos fundamentales y es fiel al mandato constitucional de establecer una barrera a la regla de mayorías.

En cuanto a los **procedimientos** constitucionales, también la jurisprudencia constitucional estudiada ha respetado los procedimientos y han actuado a través de los mecanismos diseñados y dentro de la órbita de sus competencias. La concepción de derechos fundamentales analizada, es desarrollada a través de procedimientos expresamente definidos, lo que permite a los órganos con jurisdicción constitucional pronunciarse sobre el contenido y alcance de estos derechos, y servir de límite a las actuaciones de los órganos que expresan la opinión y deseos de las mayorías. Además, se desarrolla dentro de las competencias naturales, ya que los órganos jurisdiccionales no se arrogan otra atribución que la otorgada por mandato constitucional, esto es, ser garante de la supremacía constitucional y el intérprete final de la Constitución en los casos sometidos a su conocimiento.

La concepción de derechos fundamentales analizada presenta dos temas que necesitan un cierto desarrollo especial: a) Bloque de Constitucionalidad, y b) Estado de cosas inconstitucional. Estos conceptos presentan claras innovaciones respecto del desarrollo del constitucionalismo europeo y, por tanto, requieren de algunas reflexiones especiales.

a) El tema del "Bloque de Constitucionalidad", que se enmarca dentro del alcance de la recepción constitucional de los derechos, plantea la dificultad de considerar como límites de la regla de mayorías a derechos y jurisprudencia que proviene de instancias internacionales y no de instancias locales. Por tanto en este punto podrían plantearse dudas acerca de su legitimidad.

Las dudas podrían provenir fundamentalmente de una visión equivocada de la justicia internacional como una imposición desde el "extranjero". Sin embargo, esto no es así. Tal como señalamos en el capítulo I de esta tesis, la consagración internacional de los derechos y los mecanismos de garantía internacional son fruto de un cierto "Consenso superpuesto" entre los Estados y, por tanto, corresponde a expresiones concretas de soberanía, ya sea directa (tratados, derecho consuetudinario) o indirecta (principios, normas *erga omnes* y *ius cogens*) como parte de la comunidad internacional. Por tanto, el Estado lo único que está haciendo en estos casos es aplicar obligaciones que ha asumido ante la humanidad en su conjunto. Estas obligaciones estarán definidas tanto por los acuerdos normativos, como por la interpretación que hacen los órganos encargados de la interpretación y control de dichas obligaciones internacionales.

Por tanto, la institución del "Bloque de Constitucionalidad", tal como lo entiende parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, se funda en las propias obligaciones que tienen todos los Estados con la comunidad internacional de establecer ciertos mínimos a la actividad soberana en materia de derechos humanos. Estos mínimos corresponden a derechos especiales y urgentes que sirven de base a la comunidad de naciones.

b) En cuanto a la cuestión de legitimidad de la institución del "estado de cosas inconstitucional" desarrollado por la jurisprudencia colombiana, esta también parece cumplir con las dos condiciones que hemos desarrollado: se da en el marco de un procedimiento constitucional (acción de tutela) y expresa el ejercicio de su competencia como garante de la supremacía constitucional. La segunda puede ser la cuestión más controvertida.

Si bien la figura del "estado de cosas inconstitucional" pudiera parecer un caso en que el órgano jurisdiccional se excede en sus atribuciones, no me parece que ocurra tal cosa. Si uno mira con atención las medidas que dispone la Corte Constitucional, dicho tribunal no se arroga competencias de otros órganos o poderes del Estado. Al efecto la Corte Constitucional ha señalado:

“Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia”<sup>596</sup>.

Lo central en la figura del "estado de cosas inconstitucional" es que la Corte Constitucional instruye a otros poderes a cumplir con sus funciones, esto es, activa la

---

<sup>596</sup> Sentencia T-025/2004, numeral 10.1.

acción de los poderes del Estado, articulando una respuesta desde la Constitución –en cuanto instrumento normativo y no meramente programático- frente a situaciones especialmente complejas en cuanto a su solución. En esto es vital tener en consideración que la Corte sólo actúa frente a situaciones especialmente complejas donde concurren una serie de elementos, siendo el central la afectación de derechos fundamentales por la inoperancia de las instituciones del Estado, obligado constitucionalmente a dar solución a la situación de base que provoca o permite dichas violaciones. Por tanto, esta es una institución que se aleja de los temores de un “gobierno de los jueces” o de “jueces diseñando políticas públicas”, ya que se funda en la inactividad de aquellos llamados a actuar y es una reacción desde la Constitución para controlar la actividad de los poderes del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

En este sentido, la Corte ha señalado que una vez que ha determinado las falencias de la acción estatal frente a una cierta violación de derechos, es necesario tener claro que no todas estas materias son de su competencia y, por tanto, no puede suplir las competencias de otros órganos. Sin embargo, la Corte señala en un caso concreto que está en condiciones de adoptar “correctivos” encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados y a superar “falencias estructurales” que comprometan a diversas instituciones y órganos del Estado<sup>597</sup>.

En definitiva, la institución del "estado de cosas inconstitucional" me parece una figura compatible con un sistema democrático de gobierno, en tanto el órgano jurisdiccional no pretender atribuirse poderes propios de otros órganos del Estado, sino que instruye al cumplimiento de dichas funciones.

---

<sup>597</sup> “En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado”, Sentencia T-025/2004, numeral 6.3.1.4.

## **2. EFECTIVA RESPUESTA ANTE LA REALIDAD**

Otro elemento que debe tenerse en consideración a la hora de buscar una respuesta a la legitimidad del diseño institucional, es la realidad a la que debe hacer frente la implementación de dicho diseño y cómo esta práctica responde a las ideas compartidas en un sistema normativo.

Sin duda, no puede pensarse en un diseño institucional que no contemple la realidad a la que debe enfrentarse. La idea de diseñar instituciones a partir de un cierto acuerdo constitucional tiene como objetivo dar respuestas efectivas ante la realidad social, económica y política; en definitiva, dar forma a una cierta estructura básica de la sociedad que cumpla con los objetivos propios de un acuerdo de cooperación mutua fundado en derechos.

En materia de derechos fundamentales esto es especialmente relevante. Si los derechos fundamentales van a ser mínimos urgentes que deben proteger a las personas de las decisiones y políticas implementadas desde el poder, estos derechos deben ser efectivos a la hora de brindar dicha protección. Entiendo por una garantía efectiva aquella que tiene sustentos normativos, que es capaz de explicar una práctica jurisprudencial que mejor proteja los derechos y se justifique frente a las críticas de aquellos que sostienen una suerte de incompatibilidad entre democracia y derechos constitucionales con control jurisdiccional.

Además, el diseño y su implementación deben ser concordantes con ciertas ideas compartidas por una sociedad política. El diseño institucional y la forma en que las instituciones lo implementan, debe responder a ciertos acuerdos mínimos implícitos en la cultura política de la sociedad que pretende regir. Por ello, el contexto es crucial para entender el diseño y su práctica. Este acuerdo implícito está en la base de toda Constitución y responde a lo que ha sido la historia de una sociedad y su visión de futuro.

Si tenemos en consideración estos elementos, es posible entender de mejor forma el diseño institucional y la práctica relativa a derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano. Desde los orígenes de nuestra historia institucional la idea de la consagración de derechos individuales en el texto constitucional ha sido una constante. Por su parte, el control jurisdiccional de los derechos fundamentales también ha sido una idea que ha estado presente bajo diversas formas de control (difuso, concentrado, mixto). Ahora, si sumamos a ello la experiencia histórica de violaciones de derechos humanos, de sistemas políticos poco representativos y de urgentes necesidades en el campo de los derechos humanos, no parece extraño que inserto en un movimiento internacional de protección de los derechos o como algunos autores han denominado "el tiempo de los derechos", el constitucionalismo latinoamericano haya explorado concepciones fuerte de ellos<sup>598</sup>. Estas concepciones han sido entendidas como la mejor garantía de los derechos individuales en contextos de sociedades con graves problemas de violaciones de derechos humanos.

Recurrir a figuras como el "Bloque de Constitucionalidad" o el "estado de cosas inconstitucional" no es otra cosa que la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales a partir de las posibilidades que da el propio sistema. Lo que está haciendo el control jurisdiccional constitucional, es intentar respuestas efectivas ante la realidad sin apartarse de los mandatos constitucionales.

### **3. CONCLUSIONES**

A partir de las consideraciones anteriores, me parece que son dos las principales conclusiones a que puede llegarse en materia de legitimidad:

- i. Tanto en el diseño institucional como en la práctica de los órganos de control jurisdiccional nos encontramos con la implementación -a nivel institucional- de una

---

<sup>598</sup> Sobre "el tiempo de los derechos", ver Henkin, 1990: 1-213.

visión fuerte de los derechos. En este esquema los derechos fundamentales cumplen un rol central en el diseño institucional, constituyendo un límite a la regla de mayorías. De la práctica de los órganos jurisdiccionales emana un rol activo de la justicia constitucional en el diseño institucional, a la par de los otros poderes del Estado<sup>599</sup>.

- ii. El rol de la justicia no está supeditado a otros poderes, sino que su legitimidad emana de la propia Constitución lo que supone un abandono de la idea de que el poder judicial estaba ligado a la ley a través de la expresión de la soberanía popular mediatizada por el legislativo.

---

<sup>599</sup> A juicio de la Corte Constitucional colombiana lo que cambia es el tipo de racionalidad con la actúa el intérprete: “La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas”, Sentencia T-153/1998, considerando 44.

---

## **CAPITULO VIII. CONCLUSIONES Y PROYECCIONES**

---



Este capítulo final tiene dos objetivos. Por una parte, pretendo exponer algunas conclusiones de la investigación desarrollada. Por otra, también presentaré algunas proyecciones de esta investigación más allá de la prueba de la hipótesis de trabajo planteada como eje de este estudio.

Antes de entrar en los detalles de la hipótesis probada y las proyecciones de la investigación quiero exponer algunas cuestiones generales que creo importante tener en consideración al finalizar esta investigación. Tengo la certeza de que a estas alturas el lector estará algo cansado. La demostración de la hipótesis ha requerido de un trabajo arduo ya que no sólo ha sido necesario aplicar una cierta concepción de derechos fundamentales al caso chileno, sino que ha sido necesario construir los elementos centrales de dicha concepción, determinar su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y además, ver si esta concepción sirve para dar eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno.

En algún momento me pareció que la sola construcción de una concepción de derechos fundamentales a partir de cierta jurisprudencia constitucional latinoamericana era suficiente para justificar la investigación desarrollada. En efecto, no hay duda que los avances en la justicia constitucional han sido objeto de la mayor atención en el constitucionalismo comparado, pero no se han desarrollado suficientes investigaciones que sistematicen estos avances y los miren desde una perspectiva teórica como se hace en esta investigación. Este era un esfuerzo necesario, pero insuficiente. Si no se probaba que esta concepción era aplicable en Chile, sin necesidad de un cambio constitucional, la investigación no tendría impacto alguno en este país que tanto me preocupa. Habiendo probado que es posible en Chile la aplicación de esta concepción que en muchos aspectos es tan novedosa, tengo la esperanza que esto motive la discusión en torno a la situación de los derechos fundamentales en Chile.

Todo este esfuerzo dogmático y hermenéutico necesitaba de un marco teórico donde insertarse. De ahí que fuera necesario clarificar algunas cuestiones teóricas y prácticas respecto de los sistemas de protección constitucionales e internacionales.

Para lograr este objetivo fue necesario revisar en el **Capítulo I** los sistemas normativos constitucionales e internacionales desde sus bases (tanto teóricas como prácticas). Esto nos ha permitido entrar en los temas de la justificación de los derechos y su desarrollo histórico. Este ha sido el marco teórico e histórico para situar adecuadamente la discusión sobre derechos fundamentales en la justicia constitucional y comprender las implicancias de los cambios que se están produciendo en esta materia en nuestra región.

Luego, en el **Capítulo II** fue necesario realizar un esfuerzo por delimitar adecuadamente algunas cuestiones conceptuales que permitieran clarificar cuál era el sentido de la investigación. La distinción entre concepto y concepción era vital para entender la forma en la que se realizaría la investigación; lo mismo justificaba desarrollar un concepto básico de derechos fundamentales y diferenciarlo de otras expresiones que muchas veces se consideran como sinónimos, sin serlo. Además, este Capítulo sirvió para revisar los elementos característicos de los sistemas normativos que serían objeto de investigación.

## **I. HIPOTESIS PROBADA**

A partir del marco conceptual e histórico desarrollado, era posible comenzar a demostrar la hipótesis planteada. Como se recordará mi punto de partida a esta investigación fue la siguiente hipótesis de trabajo:

1. En Chile los tribunales con competencia constitucional, en algunos casos, han interpretado los elementos que configuran los derechos fundamentales de forma tal que se ha hecho incurrir al Estado en responsabilidad internacional.
2. En otros sistemas normativos nacionales latinoamericanos, a partir de los estándares europeos, se ha desarrollado una concepción de los derechos fundamentales que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y da efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.

3. Es posible aplicar en Chile, a la luz de nuestro texto constitucional vigente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y de esta forma, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y dar plena efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.
4. Finalmente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional comparada y que es aplicable en Chile, es compatible con una sociedad democrática.

A continuación desarrollaré las principales conclusiones a las que llegué en el transcurso de esta investigación respecto de cada uno de los elementos de la hipótesis de trabajo. No pretendo repetir los razonamientos que *in extenso* he desarrollado en el cuerpo de esta investigación, sino que me limitaré a hacer un breve esbozo de las conclusiones que me permiten dar por probado cada uno de los elementos de la hipótesis de trabajo.

**1. He probado que en Chile los tribunales con competencia constitucional, en algunos casos, han interpretado los elementos que configuran los derechos fundamentales de forma tal que se ha hecho incurrir al Estado en responsabilidad internacional.**

Tal como demostré en los **capítulos III al VI**, los tribunales superiores de Chile han aplicado los distintos elementos del concepto de derechos fundamentales de forma tal que han comprometido la responsabilidad internacional del Estado. En algunos casos (como los expuestos en los capítulos III y V) esto se ha traducido en una condena internacional. He sostenido en cada uno de estos capítulos que dicha responsabilidad internacional emana de una errada concepción de los derechos fundamentales. Respecto de cada uno de los elementos que configura el concepto de derechos fundamentales los tribunales han errado en su aplicación y con ello han configurado una concepción que ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado chileno por violaciones a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Los casos analizados en esta investigación han servido como un punto de partida para el desarrollo de mi investigación y como un parámetro para contrarrestar otras concepciones de derechos fundamentales. A partir de estos casos he explorado el desarrollo de una nueva concepción de derechos fundamentales que emana de cierta jurisprudencia constitucional latinoamericana.

**2. Probé que en otros sistemas normativos nacionales latinoamericanos, a partir de los estándares europeos, se ha desarrollado una concepción de los derechos fundamentales que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y da efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.**

Tal como sostuve en el **Capítulo II** mi punto de partida fue un concepto de derechos fundamentales en tanto estándares normativos sobre derechos subjetivos que recogidos constitucionalmente cumplen funciones de validación del ejercicio del poder estatal en su relación con los individuos. La concepción de derechos fundamentales corresponde a la forma en que en un contexto determinado se ha aplicado cada uno de los elementos del concepto, para darle un contenido cierto.

El análisis efectuado consistió en estudiar casos relevantes en la justicia constitucional latinoamericana y ver cómo se han resuelto estos elementos configurativos, y en consecuencia, cuál es la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional. Los sistemas constitucionales elegidos fueron explicados en sus aspectos generales en la segunda parte del **Capítulo II**. Para ello planteé algunas preguntas que definirían una cierta concepción de derechos fundamentales:

- **Estándar normativo sobre derechos subjetivos:** a partir de la jurisprudencia constitucional era necesario determinar en qué tipo de normas se consagran los derechos y libertades (reglas y/o principios) y cuál es el contenido de las obligaciones que surgen para el Estado (obligaciones positivas y/o negativas);

- **Recepción constitucional:** en este punto era central determinar cuáles son los derechos a los que se dará el carácter de fundamentales por el ordenamiento jurídico de los Estados y en particular, qué ocurre con las normas internacionales sobre derechos humanos a las que se encuentran obligados los sistemas normativos nacionales y la jurisprudencia que emana de los órganos jurisdiccionales de control internacional; y
- **Funciones para validar la actuación del Estado:** en esta materia era necesario determinar cuál era, concretamente, la función que se asigna a estos estándares normativos sobre derechos subjetivos recepcionados constitucionalmente y cómo se garantiza el cumplimiento de estas funciones.

Veamos entonces las conclusiones a las que llegué respecto de cada uno de los elementos que constituyen una concepción de derechos fundamentales

a. **Estándar normativo sobre derechos subjetivos:** Según se desprende del análisis realizado en el **Capítulo III**, la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional interpreta estos estándares normativos como un sistema complejo de normas, integrado por principios y reglas. Además, se demostró la tendencia jurisprudencial hacia la utilización de los principios (constitucionales o internacionales) como fuente de derechos fundamentales; la concreción de derechos fundamentales consagrados como principios a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional; y en materia de solución de conflictos entre principios, la aplicación de la ponderación como instrumento hermenéutico. Además, según se planteó en el **Capítulo IV** estos estándares normativos han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional estudiada como obligaciones complejas, lo que supone que en cada derecho coexisten obligaciones positivas y de abstención para el Estado. Además, este contenido complejo tiene consecuencias normativas particulares en relación con los derechos prestacionales y las políticas públicas, que la jurisprudencia constitucional estudiada se ha encargado de clarificar.

**b. Recepción constitucional.** Según se prueba en el **Capítulo V** es posible concluir que la jurisprudencia constitucional latinoamericana estudiada ha interpretado –bajo la forma del Bloque de Constitucionalidad o razonamientos análogos- que los derechos recogidos por las constituciones no son sólo aquellos contemplados directamente en el texto constitucional, sino que también comprende los derechos consagrados en los instrumentos internacionales. Asimismo, se aprecia una tendencia a considerar la jurisprudencia internacional, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como fuente de los derechos (vía interpretación auténtica de los mismos).

**c. Funciones.** Según se establece en el **Capítulo VI** la doctrina y jurisprudencia constitucional asigna a los derechos fundamentales funciones objetivas y subjetivas. La función objetiva se vincula con la legitimación de las decisiones de los órganos del Estado y la subjetiva, con la garantía efectiva de derechos subjetivos iusfundamentales. Estas funciones deben ser garantizadas institucionalmente. Dentro de las garantías jurisdiccionales destaca la institución del "estado de cosas inconstitucional", desarrollada por la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional colombiana. Esta institución tal como se ha expuesto, parte de las necesidades de protección que plantea la realidad local a la garantía jurisdiccional constitucional y se configura de forma tal que permite cumplir en forma *sui generis* con las funciones objetivas y subjetivas en ciertos casos de violaciones estructurales de derechos fundamentales.

\* \*

\*

Estos elementos, mirados en conjunto, me permiten concluir que de la jurisprudencia constitucional latinoamericana estudiada se desprende una concepción robusta de los derechos fundamentales. Tal como se ha demostrado, esta concepción tiene una base común con los estándares desarrollados por el constitucionalismo europeo, principalmente el alemán y español, aunque en ciertos casos se ha separado de dicho modelo en busca de una mayor integración de la normativa internacional y de dar

efectividad a los derechos en el ámbito interno. Por tanto, no estamos ante un nuevo paradigma conceptual, sino que ante un desarrollo del paradigma europeo de derechos fundamentales.

Queda, por tanto, verificar si esta concepción permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y da efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.

Las cuestiones de la compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado y la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito interno fueron tratadas en cada uno de los capítulos de análisis de los elementos que configuran una concepción de derechos fundamentales. La conclusión en cada uno de ellos fue que la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional analizada permitía respecto de cada elemento estudiado, el pleno respeto de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Esta conclusión no es casual. Tal como he reseñado en cada capítulo, la jurisprudencia constitucional ha tomado no sólo los elementos que provienen del constitucionalismo europeo, sino que ha tomado con fuerza los elementos del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, la concepción robusta de derechos fundamentales reseñada permite dar eficacia a estos derechos en el ámbito interno. La forma en que se resuelve cada uno de los elementos analizados permite que los derechos puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por sus titulares, contando con la debida protección jurisdiccional. La efectividad, por tanto, es una consecuencia lógica de una actividad jurisdiccional que busca hacer realidad los derechos fundamentales y evitar, de esta forma, en que queden en una mera declaración programática.

**3. Probé que es posible aplicar en Chile, a la luz de nuestro texto constitucional vigente, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y de esta forma, dar cumplimiento**

**a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y dar plena efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito interno.**

Este es un punto central en el análisis realizado. Tal como señalé en la introducción una de mis preocupaciones al comenzar a trabajar en esta investigación era el desarrollo deficiente del debate en torno a derechos humanos en Chile. De ahí que no sólo me interesara configurar la concepción de derechos fundamentales que emana de parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, sino que era vital determinar si esta concepción era aplicable en Chile.

Debo decir que en esta materia me encontré con sorpresas. Mi impresión inicial era que en el ordenamiento constitucional chileno, en general en lo relativo a las “bases de la institucionalidad” y concretamente en materia de derechos fundamentales existía un obstáculo insalvable en cuanto a la concepción de derechos fundamentales. Lo interesante fue que adentrándome en el razonamiento desarrollado por la justicia constitucional comparada me di cuenta que era posible aplicar los criterios desarrollados en otras jurisdicciones constitucionales en Chile, sin necesidad de modificar el texto constitucional.

Me han sorprendido las múltiples posibilidades que entrega el propio texto constitucional si se le interpreta de acuerdo a las concepciones que garantizan efectivamente la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito interno. Sin duda que esto requiere un esfuerzo por integrar no sólo las nociones desarrolladas en el constitucionalismo europeo, sino que también aquellas desarrolladas por cierta parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana y el sistema internacional de derechos humanos, en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin duda, que una interpretación adecuada de los arts. 1, 5, 6, 19 y 20 de la Constitución, entre otras normas aplicables en cada situación, permite una construcción dogmática que le permite a Chile una efectiva garantía de estos derechos en el ámbito interno.

En cada uno de los capítulos destinados al análisis de los elementos que configuran el concepto de derechos fundamentales he destinado un apartado para probar que la concepción de estos derechos que emana de la jurisprudencia constitucional estudiada es aplicable en Chile. He recurrido en el **Capítulo III** a los principios que expresan derechos fundamentales para probar que el chileno es un sistema complejo de normas y que al existir principios que pueden entrar en contradicción, es necesario resolver dichos conflictos mediante el juicio de ponderación. En el **Capítulo IV** probé que existen elementos suficientes en nuestra normativa constitucional para concluir que el contenido de las obligaciones en derechos fundamentales es uno complejo, donde concurren obligaciones positivas y negativas en cada derecho y donde los derechos prestacionales cobran un papel relevante en la efectiva garantía de los derechos fundamentales en el ámbito interno. En el **Capítulo V** desarrollé los argumentos que permiten sostener que en Chile existe un Bloque de Constitucionalidad que integra a las normas internacionales y al acervo jurisprudencial al texto constitucional. Finalmente, en el **Capítulo VI** desarrollé uno de los argumentos más novedosos de esta investigación; sostuve que la figura del “estado de cosas inconstitucional” sería aplicable en Chile a la luz del art. 20 de la Constitución, logrando con ello una efectiva garantía constitucional de los derechos en casos de violaciones estructurales.

En cada capítulo desarrollé los criterios generales que debieran seguir los tribunales para resolver los casos que nos sirvieron como punto de análisis. De esta forma, se ilustra en la práctica que la concepción de derechos fundamentales desarrollada por la justicia constitucional latinoamericana estudiada era aplicable en Chile y permitía cumplir con las obligaciones internacionales y daba eficacia a estos derechos en el ámbito interno.

**4. Finalmente, probé que la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional comparada y que es aplicable en Chile, es compatible con una sociedad democrática.**

Habiendo establecido este marco general sobre la concepción de derechos fundamentales es necesario ver la última parte de nuestra hipótesis, ¿es legítima en

una sociedad democrática una concepción de derechos fundamentales como la señalada?

He sostenido en el **Capítulo VII** que para resolver el tema de la legitimidad de la actuación jurisdiccional en materia de derechos fundamentales se debe distinguir entre el diseño institucional y la praxis de los órganos. Teniendo clara esta distinción es posible delimitar el debate sobre la legitimidad en dos niveles diferentes: diseño institucional y praxis jurisdiccional dentro de dicho diseño.

En primer lugar, el diseño institucional que consagra derechos constitucionales y contempla un mecanismo de control no mayoritario es legítimo. Sostuve en el **capítulo I** que los derechos humanos consagrados nacional e internacionalmente, están fundados en la idea de autogobierno. Si se acepta esta premisa también debe aceptarse que no puede haber una contradicción entre estos derechos y la democracia. En efecto, el autogobierno, expresado a través del sistema democrático, sólo se expresa legítimamente a través de la regla de mayorías cuando se respetan los derechos fundamentales que son precondiciones para constituir dicha voluntad colectiva. En la medida que el autogobierno sea el punto de acuerdo que da legitimidad a los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede haber contradicción con el sistema democrático o existir un déficit democrático, ya que autogobierno y democracia se justifican en niveles diferentes. Por tanto, la democracia -implementada a través de la regla de mayorías- estará legitimada en la medida que cumpla con estos derechos mínimos que permiten el autogobierno.

En segundo lugar, frente a la cuestión de la legitimidad de la praxis jurisdiccional de donde emana la concepción de derechos fundamentales constitucional estudiada mi conclusión es que esta también es legítima. La legitimidad de la praxis constitucional está dado por dos elementos: que los órganos jurisdiccionales actúen dentro de sus competencias y, además, que lo hagan a través de los procedimientos constitucionales. La actuación de los órganos con jurisdicción constitucional analizados satisface ambos requisitos. En efecto, los órganos de control han interpretado los derechos fundamentales dentro de ciertos márgenes de razonabilidad,

que les ha permitido configurar un sistema normativo eficiente y que se ajusta a los compromisos internacionales de los Estados. Además, se ha respetado la condición de legitimidad procedimental ya que han actuado a través de los mecanismos diseñados constitucionalmente, esto es, la jurisprudencia analizada es desarrollada a partir de procedimientos expresamente definidos para que los órganos con jurisdicción constitucional se pronuncien sobre el contenido y alcance de estos derechos y pueden servir de límite a las actuaciones de los órganos que expresan la opinión y deseos de las mayorías.

En síntesis, con base en estos argumentos me parece posible sostener que un diseño institucional que sea consecuente con el rol que juegan los derechos fundamentales en tanto precondiciones del autogobierno, justifica su consagración con un cierto nivel especial de protección, tanto normativa como jurisdiccional. De ahí que sea justificado en un sistema democrático consagrar como norma *iusfundamental* ciertos derechos mínimos que han sido recogidos internacionalmente como expresión del valor del autogobierno e implementar plenamente, a través tanto del poder político como del judicial, el diseño institucional que los garantiza. Por tanto, la concepción de derechos fundamentales que emana de la jurisprudencia constitucional latinoamericana analizada es legítima dentro de una sociedad democrática.

## **II. ALGUNAS PROYECCIONES DE LA INVESTIGACION DESARROLLADA**

A partir de estas conclusiones es posible formular algunas consideraciones sobre las proyecciones que, a mi juicio, tiene una concepción de los derechos fundamentales como la expuesta. Me parece que las conclusiones presentadas confirman mi intuición en orden a que en el campo de la justicia constitucional están produciéndose una serie de transformaciones que merecen ser estudiadas. No tengo dudas sobre la relevancia de estos cambios y los nuevos temas de investigación que surgirán de su análisis.

Propongo tres consideraciones sobre esta concepción robusta de los derechos: la naturaleza del proceso es propia de un momento constitucional especial en

Latinoamérica; esta concepción nos permite replantear la cuestión de la legitimidad en un nuevo espacio de discusión; y a partir de esta concepción se transforma la relación entre los sistemas normativos nacional e internacional.

## 1. MOMENTO CONSTITUCIONAL

Bruce Ackerman<sup>600</sup> sostiene una tesis *dualista* que pretende superar las posiciones monista y fundacionista sobre el lugar de los derechos en una sociedad democrática<sup>601</sup>. Para ello distingue dos momentos en la vida de una sociedad: política normal y política constitucional. En momentos de política normal la legislación debe ser guiada por las mayorías y bajo la limitación de estar sometida al control judicial; en los tiempos de política constitucional -momentos especialmente críticos para una sociedad- es posible pensar en que las divisiones sectoriales cesan y se abre espacio a una legislación consensuada en vistas al bien común<sup>602</sup>.

El conjunto de elementos tenidos a la vista para configurar la concepción de derechos fundamentales que hemos analizado en esta tesis y, en particular, por el contexto de las reformas en el que se insertan, permite sostener que en materia de derechos fundamentales en Latinoamérica se vive algo muy parecido a lo que Ackerman ha denominado “un momento de política constitucional”, esto es, una situación en la cual se redefinen cuestiones centrales para la estructura constitucional<sup>603</sup>. En efecto, todos los elementos tenidos a la vista permiten sostener que a partir del contexto y la cultura

---

<sup>600</sup> Una primera aproximación al tema en Ackerman, 1989, y luego en Ackerman, 1991.

<sup>601</sup> Tal como he señalado *supra* el monismo se basa en la idea que la soberanía reside en las personas y éstas son libres para modificar los sistemas constitucionales sin que existan límites para el ejercicio de ese derecho y la teoría de los derechos fundacionales sostiene que los derechos individuales que se expresan en el texto constitucional deben servir como un límite infranqueable para el ejercicio de la soberanía de las mayorías, otorgando una primacía a los derechos individuales, sin otorgar el derecho a la *polis* como un colectivo para modificarlos.

<sup>602</sup> Rawls acepta esta distinción y la incorpora como uno de los principios de su teoría sobre la constitución. La distinción poder constituyente/poder constituido le permite al propio Rawls sostener que el poder constituyente posee la más alta autoridad de la voluntad de “Nosotros el pueblo” y como tal “obliga y guía” al poder ordinario, de rango legal, Rawls, 1993: 220-2.

<sup>603</sup> Ver Ackerman, 1989; Ackerman, 1991.

constitucional latinoamericana expresada en su jurisprudencia constitucional en materia de derechos, se están redefiniendo los alcances del concepto de derechos fundamentales, dando un nuevo contorno a sus elementos configurativos.

Lo interesante para el análisis es que dicho momento constitucional está siendo desarrollado a partir de la jurisprudencia constitucional, sobre la base de ciertas reformas normativas. De esta forma, al analizar los alcances de este proceso es necesario tener en consideración la profundidad del cambio y cómo este afecta las bases de cuestiones que aparecían en el debate constitucional como resueltas.

## **2. REPLANTEANDO LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Hay un elemento que es interesante de explorar al momento de abordar el tema de la legitimidad de esta concepción de derechos fundamentales. En el debate tradicional la cuestión ha estado planteado por la legitimidad democrática de los derechos fundamentales, pero en la práctica (tanto europea post conflictos como en la latinoamericana) el tema muchas veces ha sido al contrario: son los derechos fundamentales los que han dado legitimidad a los sistemas democráticos. En efecto, la enorme aceptación cultural de los derechos fundamentales permite que a partir de la idea de su respeto se legitime el sistema democrático como forma de gobierno.

Este es un debate central en el contexto de procesos de transición a la democracia o procesos de construcción y/o consolidación democrática. La realidad de nuestra región está marcada por un tipo de debate donde la realidad es vital para entender el alcance de los diseños institucionales y en el caso de Latinoamérica esto es evidente.

De esta forma, se plantea a partir de este desarrollo jurisprudencial una nueva forma de mirar el problema de la tensión entre derechos y regla de mayorías. El equilibrio entre el diseño institucional y la idea implícita de que los derechos son una precondition para legitimar el autogobierno es una nueva forma de dar sentido al debate y permite resolver cuestiones de legitimidad que en una mirada que ignore la realidad no aparecerían como factibles.

### 3. NUEVA RELACION DERECHO INTERNO – DERECHO INTERNACIONAL

Finalmente, es necesario tener en consideración que la relación entre los sistemas nacionales y el internacional que se desprende de parte de la jurisprudencia constitucional latinoamericana permite sostener que se está configurando una nueva relación entre los sistemas nacionales e internacionales regidos por el principio de interacción, superando viejas divisiones y visiones restrictivas de la protección de los derechos humanos.

En términos generales, sostengo que los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de la interacción<sup>604</sup>. Entiendo por interacción entre los sistemas nacionales e internacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se define la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, 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.

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y regresión y velar por su integralidad de sentido y función<sup>605</sup>. Llamamos interacción normativa a la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e

---

<sup>604</sup> También el tema de la interacción ha sido tratado por Cançado Trindade, ver Cancado, 2001: 267-315.

<sup>605</sup> Pérez Luño, 1993: 66.

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<sup>606</sup>. Sin embargo, no podemos dejar de tener presente que ambos sistemas tienen una lógica particular y, por tanto, esta interacción normativa requiere de un esfuerzo de adecuación de los estándares obedeciendo a cada lógica: la protección internacional se desarrolla a través de formas que buscan prevenir las violaciones de derechos fundamentales por medio del control y guía de los actos estatales permitiendo a los Estados adecuar sus prácticas internas y no solo su legislación<sup>607</sup>; la instancia nacional debe preocuparse de organizar todo el aparato del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Todo ello apunta a la idea de Peces-Barba en orden a que esta interacción normativa requiere de una “homogeneidad estructural”<sup>608</sup>, que implica buscar las mejores garantías en el plano nacional e internacional, sin que la aplicación de ninguno de estos sistemas pueda implicar un menoscabo a los derechos reconocidos al individuo. Dicho esto debemos señalar que la homogeneidad estructural debe tener en consideración los límites establecidos por el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, que nos permite hablar de ciertas obligaciones *erga omnes*, esto es, normas establecidas en beneficio de la humanidad como un todo y respecto de la cual todos los estados tienen un interés en su respeto y, por tanto, obligatorias para el Estado, aún sin haber concurrido con su voluntad expresamente, lo cual constituye un sistema dual de protección y límite al sistema interno<sup>609</sup>.

En cuanto a la interacción jurisdiccional –tal como sostuve en el **capítulo VI** de este estudio- esta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso jurisdiccional, nacional o internacional, que permita obtener

---

<sup>606</sup> Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, ver Peces-Barba, 1999: 655-659.

<sup>607</sup> Medina y Nash, 2003.

<sup>608</sup> Peces-Barba, 1999: 664.

<sup>609</sup> Ackerman, 1991; Cristi y Ruiz-Tagle, 2006: 42-43.

medidas de reparación de las violaciones de estos. Lo central para una efectiva garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. En esa lógica los sistemas nacionales deberán guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente; de no hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Así, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las garantías procesales deberán adecuarse para cumplir con los estándares internacionales; el recurso de inconstitucionalidad en materia de derechos fundamentales deberá ser resuelto a la luz de la normativa internacional y de su jurisprudencia; deberán establecerse en el ámbito interno recursos sencillos y rápidos que garanticen los derechos fundamentales; el recurso de *habeas corpus* (recurso especial) también deberá cumplir con la normativa y criterios internacionales, tanto en lo formal como en sus efectos<sup>610</sup>.

Finalmente, debemos tener en consideración que el conjunto de la normativa internacional e interna en materia de protección de los derechos fundamentales, constituyen normas intangibles, fuera del alcance del voluntarismo estatal y por tanto, un límite a la soberanía. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.

Todo este sistema debiera estar estructurado sobre las bases de un nuevo orden público internacional cuya piedra angular sean las normas sobre derechos humanos consagradas internacionalmente, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales, ya sea nacional o internacional. Estas fuentes debieran constituir la base de todo sistema de protección y en torno a ellas desarrollar un sistema coherente, sin las limitaciones propias del voluntarismo estatal vigente desde el s. XVII<sup>611</sup>. Para ser

---

<sup>610</sup> En esto he seguido el esquema de protección jurisdiccional de Pérez Luño, 1993: 79-93.

<sup>611</sup> En este sentido es especialmente interesante las elaboraciones teóricas que ha desarrollado el juez Cançado Trindade en sus votos razonados en sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver *Caso Masacre Plan de Sánchez*, *Caso Herrera Ulloa*; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*.

consecuentes con este *corpus iure* de protección con base en normas superiores a la voluntad del Estado, debemos estructurar un sistema normativo (normas, instituciones, prácticas jurisprudenciales) que permita al individuo la posibilidad de invocar en el plano nacional la normativa constitucional e internacional y para recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional internacional.



## BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta, 2004.

----- Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL, N° 88, abril 2006.

----- La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. Editores del Puerto, Argentina, 2007.

ABREGU, M. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. ABREGU, M. y COURTIS, C. (eds.). Editores del Puerto, Argentina (1997), 2004.

ACKERMAN, B. Constitutional Politics/Constitutional Law. Yale Law Journal 99 (diciembre de 1989)

----- We the People: Foundations, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991

----- Un Neofederalismo? En ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. (eds.). Democracia y Constitución. México, Fondo de Cultura Económica, (1988) 1999

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002

----- Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 66, 2002b

----- “Los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático”. En CARBONELL, M. (ed.), Neoconstitucionalismo (s). Trotta, 2003

----- Los derechos constitucionales y el sistema jurídico. En su Teoría del Discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004. Distribuciones Fontamara, México, 2005.

ANAYA, J. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Editorial Trotta, 2004.

ATIENZA, M. Tras la justicia. Una introducción al Derechos y al razonamiento jurídico. Ariel, Barcelona – España, (1993), 1995

ATRIA, F. ¿Existen los derechos sociales? Discusiones, N° 4, Año 2004

BAYON, J. C. Derechos, Democracia y Constitución. Discusiones, Año I, N°1, 2000

----- Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En BETEGON, J., et. al. (editores) Constitución y derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

BELLOMO, M. La europa del derecho común. Galileo Galilei, Roma 1996, (trad. castellana de: "L'Europa del diritto comune"). Galileo Galilei, Lausanne, 1988.

BIDART, G. Los derechos del hombre. Filosofía, constitucionalización, internacionalización. Ediar, Argentina, 1974

BENADAVA, S. Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos. En Nuevos Enfoques del Derecho Internacional, León A. (ed.). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992

BERNAL, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

----- La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En su El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005

----- Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. En su El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005

BOBBIO, N. Sobre el fundamento de los derechos del hombre. En su El tiempo de los derechos (Traducción de Rafael de Asis Roig), Madrid, sistema, 1991

BOROWSKI, M., La restricción de derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, num. 59, 2000.

BROWNLIE, I. Principles of Public International Law, Fifth Edition, Clarendon Press, Oxford, (1966) 1998

BUCHANAN, J. y TULLOCK, G. The calculus of consent. En CHRISTIANO, T. (ed.) Philosophy and Democracy An Anthology. Oxford University Press, 2003

BUERGENTHAL, T. Derechos Humanos Internacionales. México, editorial Gernika, 1998

----- BUERGENTHAL, T., NIKKEN, P., GROSSMAN, C. Manual Internacional de Derechos Humanos. Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1990

CANCADO TRINDADE A.A. The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law. Cambridge University Press, Cambridge, 1983

----- La Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos. En El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, 2001

CANATTA, C. Historia de la ciencia jurídica europea. Edit. Tecnos, Madrid, 1996

CARBONELL, M. (ed.), Neoconstitucionalismo(s). Trotta, 2003

CASSIRER, E. *Filosofía de la Ilustración*. Fondo de Cultura Económica, México, 1950

----- El mito del Estado. Fondo de Cultura Económica, México, 1968

CATTANEO, M. Iluminismo e Legislazione. Edizioni di Comunità, 1966

CEA, J.L. El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999

----- Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004

COMANDUCCI, P. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Isonomía 16 (2002): 89-112

COURTIS, C. "Los derechos sociales como derechos". En Los derechos fundamentales, SELA 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003

----- "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios". En su Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006

CRISTI, R. Carl Schmitt y la destrucción del constitucionalismo chileno. En CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006

CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. ¿Qué es el Constitucionalismo? En su La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006

CRUZ VILLALON, P. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, No. 25, Madrid, 1989

DIEZ-PICAZO, L. Sistema de derechos fundamentales. Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Thompson, Civitas. 2005

DONNELLY, J. Universal human rights in theory and practice. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DWORKIN, R. Introduction. En DWORKIN (editor), *The Philosophy of Law*. Oxford University Press, 1977

----- *Los derechos en serio*, Ariel, 1984

----- *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986

----- *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1997

----- *Los derechos en serio*, Ariel, 2002

----- *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Paidós, 2003

----- *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, 2006

DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derechos*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975

DULITZKY, A. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. En *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica, 1996

----- La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. Editores del Puerto, Argentina, 2007.

FAVOREU, L. Ponencia francesa. En *El Bloque de Constitucionalidad*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991

----- *Droit Constitutionnel*. Dalloz, Paris Francia, 1998

FERNÁNDEZ M.A. La Reforma al Artículo 5.o de la Constitución. En Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile, Vol. 16 No. 3, 1989

FERNANDEZ SESAGO, F. El recurso de amparo en España, Revista Jurídica. Presidencia de la República. Casa Civil, Brasilia, vol. 7 N° 74, Agosto-Septiembre 2005. Versión electrónica [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_74/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/) [visitado 03 de enero de 2008].

FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, 2001.

----- *Pasado y futuro del Estado de derecho*. En CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003

FIX-ZAMUDIO, H. *Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos*. En *Justicia, libertad y derechos humanos*.

Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante, Tomo I, IIDH, San José-Costa Rica, 2003

FIGUEROA, M.A. La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista. En Andrés Bello y el Derecho, publicación Departamento de Ciencias del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 1982

----- Los elementos formativos del derecho occidental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000

GARCIA-GALLO, A. El derecho común ante el nuevo mundo. En Estudios de historia del derecho indiano. Madrid, 1982

GARCIA-SAYAN, D. Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. En La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004, Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006

GARGARELLA, R. Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Paidós, 1999

----- Los jueces frente al 'coto vedado'. Discusiones, Año I, N°1, 2000

----- Derecho y disociación, un comentario a ¿Existen los derechos sociales? de Fernando Atria. Discusiones, N° 4, Año 2004

GARZON VALDES, E. Las funciones del Derecho en América Latina (1992). En su Derecho, Ética y Política. Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1993

----- Representación y Democracia (1989). En su Derecho, Ética y Política. Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1993b

----- Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del "coto vedado" a nivel internacional. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ISSN 1133-0937, Año nº 8, N° 12, 2003

----- El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. En Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, num. 0, de 07 de mayo de 1998 [en línea] <http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>. Visitado el 30 diciembre de 2007

GOMEZ, G. Los derechos fundamentales y el recurso de protección. Universidad Diego Portales, Santiago – Chile, 2005.

HABERMAS, J. y RAWLS, J. Debate sobre el liberalismo político. Paidós, 1998

HART ELY, J. Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997

HAZARD, P. El pensamiento europeo en el siglo XVIII, Madrid, 1958

- HENKIN, L. The Age of Rights. Columbia University Press, 1990
- HESSE, K. El significado de los derechos fundamentales. En BENDA (et. al), Manual de Derecho Constitucional. Evap-Marcial Pons, Madrid, 1996
- Estadios en la jurisdicción constitucional alemana. Teoría y realidad constitucional. N° 1, 1998
- HOBBS, T. Leviatán. Ediciones Gernika, S.A., México (1651), Tomo I
- HOHFELD, W. Conceptos jurídicos fundamentales. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968
- KANT, E. La paz perpetua. Versión electrónica <http://www.cervantesvirtual.com> Visitada [03 de enero de 2008]
- KELSEN H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Traducción Roberto Brie. Tecnos, Clásicos del Pensamiento 112. Segunda Edición (1931) 1999
- La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Traducción Rolando Tamayo y Salmorán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, N° 5. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001
- LOCKE, J. Segundo tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza editorial, Madrid (1690)
- LOEWENSTEIN, K. Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1982
- MACEDO, S. What Self-governing peoples owe to one another. Universalism, diversity and *The Law of Peoples*. Fortham Law Review N° 72, 2004.
- MARIÑO, F. Derecho Internacional Público. Parte General. Editorial Trotta, 2005
- MARITAIN, J. El hombre y el Estado. (1951) Edición electrónica en [http://books.google.com/books?id=ZL0HNqJIOA8C&pg=PA83&lpg=PA83&dq=maritain+los+derechos+humanos+como+un+acuerdo+com%C3%BA&source=web&ots=VlZE\\_Si4HHS&sig=qwJXUCpew6lcmhOIk4qwk9d3Olq#PPP1,M1](http://books.google.com/books?id=ZL0HNqJIOA8C&pg=PA83&lpg=PA83&dq=maritain+los+derechos+humanos+como+un+acuerdo+com%C3%BA&source=web&ots=VlZE_Si4HHS&sig=qwJXUCpew6lcmhOIk4qwk9d3Olq#PPP1,M1), visitada 14 de enero de 2008
- MAURINO, G., et. al. Las acciones colectivas, Lexis-Nexis, Argentina, 2005
- MEDINA, C. The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System. Martinus Nijhoff, Dordrecht, The Netherlands, 1988.
- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En MEDINA, C. y MERA, J. Sistema jurídico y Derechos Humanos. Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales No. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996

----- Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina. En MEDINA, C. y NASH, C. Documentos Oficiales. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, diciembre 2003

MERON, T. The humanization of International Law. Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2006.

MORESO, J. Derechos y justicia procesal imperfecta. Discusiones, No. 1, Año I, N°1, año 2000

----- Conflictos entre principios constitucionales. En CARBONELL, M. (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, 2003

----- Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. Isonomía No. 19 / Octubre 2003b

NASH, C. Las reparaciones antes la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Fac. de Derecho - Universidad de Chile, 2004.

----- El desafío de reparar las violaciones de los derechos humanos. Revista Iberoamericana de Derechos Humanos. N° 4, 2008 (en prensa)

NASH, C. Y SARMIENTO, C. Reseña de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Anuario de Derecho Humanos 2007. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2007.

NINO, C.S. Etica y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Astrea, Buenos Aires, 1989

----- Democracia Deliberativa, Gedisa, España, 1996

NOWAK, M. Introduction to the International Human Rights Regime, Martinus Nijhoff, 2003

NOGUEIRA, H. Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena. En Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios N° 27, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993

----- "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile, Vol. 23 Nos. 2 y 3, Tomo I (Mayo-Agosto de 1996), 1996

----- Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Colección Estudios Jurídicos No. 80. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

OSUNA, N. Los primeros diez años de la Corte Constitucional colombiana. Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho

Constitucional. En VEGA, J. y CORZO, E. (eds.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 108. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002

----- Constituciones Iberoamericanas. Colombia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006

PALACIOS, P. La No Discriminación, Estudio de la del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación, LOM ediciones Ltda., Santiago, Junio 2006

PECES-BARBA, G. Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999

PEREZ LUÑO, L. Los derechos fundamentales. Tecnos-Madrid, 1993

PIZA, R. La Justicia Constitucional en Costa Rica. Edición preparada y actualizada por PIZA ROCAFORT, R. y CORDOBA, J., Investigaciones Jurídicas S.A., Costa Rica, 2004.

POGGE, T. La importancia Internacional de los Derechos Humanos. Revista de Teoría Jurídica, Volumen 2, número 1 (noviembre de 2000), Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Versión publicada en <http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/pdf/pogge.pdf> (visitada en enero 2006).

PONCE, C. Tribunal constitucional y tratados de Derechos Humanos. Egido Universidad – Egido Editorial, 2001.

PRIETO SANCHIS, L. Estudios sobre Derechos Fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990

----- El juicio de ponderación. En su Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 1993

----- Sobre El neoconstitucionalismo y sus implicancias. En su Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 1993

RAWLS, J. Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, (1971) 2002

----- Liberalismo Político, Fondo de Cultura Económica, México, (1993) 2003

----- El Derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”. Barcelona. Paidós, (1999) 2001

RAMELLI, A. “Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y “bloque de constitucionalidad”: recientes desarrollos jurisprudenciales”, en *Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003

RIKER, W. Social Choice Theory and Constitutional Democracy. En CHRISTIANO, T. (ed.) Philosophy and Democracy An Anthology. Oxford University Press, 2003

RODRIGUEZ, J.M. Historia del pensamiento jurídico. De Heráclito a la Revolución Francesa. Universidad Complutense – Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1992

ROLLA, G. La concepción de derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano. Versión on line <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf>. [visitada 03 de enero de 2008]

ROUSSEAU, J.J. El contrato social. Alianza editorial, Madrid, (1762)

RUBIO LLORENTE, F. Ponencia Española. En El Bloque de Constitucionalidad. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991

RUIZ MIGUEL, A. Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Editorial Trotta, 2002

----- Curso de Filosofía del Derecho. Programa de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid, curso 2000-2003

RUIZ-TAGLE, P. Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, vol. 63, 2001

----- El Constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia. En CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006

----- La influencia de Carl Schmitt en Chile. En CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006b

----- Entre el iusfundamentalismo y la democracia. En CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006c

----- Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario. En BORDALI, S. (ed.), Justicia constitucional y derechos fundamentales. LexisNexis, Chile, 2006c

SANDEL, M. Democracy's Discontent : America in Search of a Public Philosophy. Belknap Press; Reprint edition, 1998

SCHMITT, C. Teoría de la Constitución. Alianza Universitaria Textos, Madrid, 1992

SCHWABE, J. Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez y Honrad Adenauer Stiftung, 2003.

SILVA BASCUÑAN, A. ., "Reforma al Artículo 5o. de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 17, No. 1, 1990

----- Tratado de Derecho Constitucional: La Constitución de 1980, Editorial jurídica, Santiago – Chile, 1997.

SOLARI, G. La filosofía del derecho privado. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1946, vol. I

TOMAS Y VALIENTE, F. Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

----- Manual de Historia del Derecho Español. Tecnos, Madrid, 1997

UPRIMNY, R. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un estudio jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En O'Donnell, et. al. (eds.). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001. Versión electrónica de este texto en [http://www.dejusticia.org/pdf/libros/ru\\_bloqueConstitucionalidad.pdf](http://www.dejusticia.org/pdf/libros/ru_bloqueConstitucionalidad.pdf) [visitada 15 de marzo de 2008]

----- Entre el protagonismo, la precariedad y las amenazas: las paradojas de la judicatura colombiana. En BUITRAGO, F. (Ed). *En la encrucijada. Colombia en el siglo XXI*. Editorial Norma, Bogotá, 2006

----- Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia, 2006b

Van DIJK P. y van HOOFF, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third Edition, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998

VERDUGO, et. al. *Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, 1994

VILLEY, M. *La formation e la pensée juridique moderne*, Cours d'histoire de la philosophie du droit. Paris, 1975

WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford University Press, (1999) 2004

----- *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal 115 Yale L.J. 1346 (2006), March 31, 2006

WELZEL, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Aguilar, Madrid 1977

WIEACKER, F. Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna. Granada, Comares, 2000

ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Trotta, 1997.

## RESOLUCIONES INTERNACIONALES

Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se adoptó el 4 noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención Americana o Pacto de San José) fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978

*Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas* (adoptada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1970 –Resolución 2625 (XXV)

Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945

Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14-25 de junio 1993, Viena, Austria. Para una visión completa de la Conferencia y la posición optimista de los Estado, ver el Informe final A/CONF.157/24 (Part I) de 13 de octubre de 1993.

Informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General, “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, 21 de marzo de 2005

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

### **1. CORTE INTERAMERICANA**

#### **Jurisprudencia Contenciosa**

Corte IDH., *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C No. 25.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Corte IDH., *Caso Benavides Cevallos*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.

Corte IDH., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH., *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.

Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

### **Opiniones Consultivas**

Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

### **Medidas Provisionales**

Corte IDH, *Caso Asunto del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana)*, Medidas Provisionales. Resolución de 02 de febrero de 2007

Corte IDH, *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2006

Corte IDH, *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complejo do Tatuapé" de FEBEM*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005

Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2005

Corte IDH, *Caso el Internado Judicial de Monagas ("La Pica")*. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004

## **2. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

CIDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230 (*Caso Martorell*), Chile, 3 de mayo de 1996.

CIDH, *Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, de 7 marzo 2003.

## **3. COMITÉ DERECHOS HUMANOS**

CDH, *Observación general No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, del 26 de mayo de 2004

CDH, *Caso Massera et. al v. Uruguay*, Comunicación 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979, párr. 9 letras d) y e). Publicado en *Selección de Decisiones Adoptadas con Arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Naciones Unidas, 1988

CDH, Comentario General N° 18, "No Discriminación", de 10 de noviembre de 1989

## **4. COMITÉ DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (NACIONES UNIDAS)**

Observación General N° 1, Presentación de Informes por los Estados Parte, tercer período de sesiones, (1989) publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto período de sesiones, (1990), publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

Observación General N° 9, La aplicación interna del Pacto, 1998, décimo noveno período de sesiones, (1998), publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

## **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

### **1. ALEMANIA**

BverfGE 1, 97 (104 s.)

BverfGE 40, 121 (133)

BverfGE 33, 303 (337)

BverfGE 43, 291 (315); 33, 303 (333)

BVerfGE 35, 79 (116)

*Caso Lüth*, sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958, traducción Marcela Anzola Gil, publicada en *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, J. Schwabe, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez y Honrad Adenauer Stiftung, 2003

### **2. ESPAÑA (Tribunal Constitucional)**

STC 21/81, Sentencia de 15 de junio de 1981

STC 25/81, sentencia de 14 de julio de 1981

STC 19/1982, sentencia de 5 de mayo de 1982

STC 53/1985, sentencia de 11 de abril de 1985

STC 138/1987, sentencia de 22 de julio de 1987

STC, 28/1991, sentencia de 14 de febrero de 1991

STC 36/1991, sentencia de 14 de febrero de 1991

STC, 66/1995, sentencia de 8 de mayo de 1995

### **3. CHILE**

Corte Suprema, sentencia de 15 de junio de 1993, causa rol N° 983-93.

Corte Suprema, sentencia de 15 de enero de 2007, causa rol N° 3333-2006

Corte de apelaciones de Santiago, de 17 de septiembre de 2002, rol N° 53.423-2002

Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, rol No. 983-93.

Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales (dictado en 1992 y modificado en 1998).

Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2008.

#### **4. ARGENTINA (Suprema Corte de Justicia)**

*Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*, sentencia de 7 de julio de 1992

*Cafés la Virginia* Sentencia de 13 de octubre de 1994

*Giroldi*, sentencia de 07 de abril de 1995

*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, sentencia de 24 de agosto de 2004

*Caso Acosta*, sentencia de 22 de diciembre de 1998

*Asociación Benghalensis y Otros c./ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s./ Amparo*, sentencia de 01 de junio de 2000

*Espósito, Miguel A. s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, sentencia de 23 de diciembre de 2005

#### **5. PERU (Tribunal Constitucional)**

2016-2004-AA/TC Sentencia de 05 de octubre de 2004 (Sala)

00045-2004-AI, sentencia de 29 de octubre de 2005 (Tribunal Pleno)

01209-2006-PA, sentencia de 23 de octubre de 2006 (Tribunal Pleno)

00007-2007-AI, sentencia 16 de abril de 2007 (Tribunal Pleno)

## **6. COLOMBIA (Corte Constitucional)**

Sentencia T-426/1992

Sentencia T-603/1992

Sentencia T-501/1992

Sentencia T-622/1995

Sentencia T-068/1998

Sentencia T-607/1998

Sentencia T-153/1998

Sentencia T-590/1998

Sentencia T-177/1999

Sentencia T-525/1999

Sentencia T-568/1999

Sentencia T-594/1999

Sentencia T-840/1999

Sentencia T-606

Sentencia T-169/2000

Sentencia T-1319/2001

Sentencia T-772/2003

Sentencia T-025/2004

Sentencia 300-1990

Sentencia C-295/1993

Sentencia C-225/1995

Sentencia C-358/1997

Sentencia C-191/1998

Sentencia C-582/1999  
Sentencia C-010/2000  
Sentencia C-567/2000  
Sentencia C-1064/2001  
Sentencia C-1319/2001  
Sentencia C-671/2002  
Sentencia C-251/2002  
Sentencia SU-225/1997  
Sentencia SU 474/1997  
Sentencia SU-559/1997  
Sentencias SU-250/1998  
Sentencia SU-090/2000  
Sentencia 00282/1990  
Sentencia 7484-2000  
Sentencia 2313/1995  
Auto 251-06

## **7. COSTA RICA (Sala Constitucional Corte Suprema)**

N° 300-1990  
N°1739-1992  
N° 2545-1992  
N° 3435-1992  
N° 5759-1993  
N° 5130-94

N° 2313/1995

N° 6096-97

N° 7484-2000

N° 202 - 2006

## INDICE

### A

Alexy, XXI, XXVII, 43, 63, 70, 87, 88, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 102, 104, 121, 144, 145, 146, 147, 333

### B

Bloque de Constitucionalidad, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 208, 212, 213, 216, 221, 272, 281, 306, 310, 319, 323, 336, 341, 342, 353

### C

Concepción, III, XX, XXI, XXIII, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, 3, 11, 13, 21, 34, 35, 38, 47, 51, 52, 56, 57, 58, 59, 69, 78, 79, 80, 81, 98, 127, 131, 172, 174, 179, 182, 185, 212, 213, 214, 215, 216, 221, 222, 226, 243, 264, 265, 269, 280, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 291, 292, 293, 294, 296, 300, 302, 303, 304, 305, 306, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 341, 353

Concepto, III, XVII, XXV, XXVII, XXVIII, 5, 7, 12, 14, 15, 28, 32, 40, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 114, 131, 134, 179, 193, 197, 198, 211, 215, 226, 229, 251, 280, 292, 293, 302, 315, 317, 323, 327, 334, 344, 353

Consenso superpuesto, 35, 36, 39, 40, 306, 353

Contenido complejo (estándar normativo), 127, 150, 151, 170, 319

### D

Democracia, XIV, 19, 35, 62, 154, 217, 241, 282, 283, 284, 286, 287, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 301, 303, 310, 324, 328, 341

Derechos fundamentales, III, IV, V, XI, XII, XIII, XIV, XVIII, XX, XXI, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, 3, 5, 11, 19, 21, 22, 42, 44, 45, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 71, 72, 78, 79, 81, 82, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 99, 102, 104, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 127, 130, 131, 132, 143, 149, 150, 151, 152, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 165, 170, 171, 173, 174, 176, 179, 180, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 192, 193, 200, 201, 206, 208, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 221, 222, 226, 230, 233, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 291, 298, 300, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 337, 338, 340, 341, 342

Derechos humanos, III, IV, V, XI, XII, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIII, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, 3, 19, 22, 24, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 55, 56, 57, 66, 67, 68, 74, 78, 79, 83, 84, 88, 102, 103, 104, 107, 108, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 119, 121, 127, 132, 133, 135, 136, 140, 141, 142, 144, 162, 166, 168, 170, 171, 172, 179, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 226, 240, 246, 251, 260, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 277, 281, 297, 298, 299, 301, 305, 307, 310, 314, 316, 317, 318, 321, 322, 324, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 339, 342, 344

DWORKIN, 52, 69, 99, 291, 292, 293, 294, 295, 301, 336, 354

## **E**

Estado de cosas inconstitucional, 226, 236, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 268, 269, 274, 277, 281, 307, 308, 309, 310, 311, 320, 323

Estructura compleja (estándar normativo), 83, 87, 103, 121, 170

## **F**

Funciones (de los derechos fundamentales), V, XX, 29, 31, 56, 106, 116, 208, 212, 226, 236, 243, 244, 246, 247, 250, 252, 258, 262, 263, 264, 271, 272, 274, 275, 281, 308, 309, 317, 318, 320, 329, 337

## **H**

Hipótesis, XXVI, XXVII, 28, 314, 315, 316, 324

## **L**

Legitimidad, V, XIV, XXVII, 3, 19, 24, 26, 31, 32, 33, 58, 97, 212, 241, 271, 278, 281, 282, 283, 284, 286, 293, 296, 297, 300, 302, 303, 304, 306, 307, 309, 311, 324, 325, 326, 327, 328

## **O**

Objetiva (función), V, 148, 149, 150, 236, 237, 238, 241, 244, 262, 263, 281, 320

Obligaciones positivas, 37, 55, 56, 127, 137, 138, 143, 144, 145, 147, 150, 151, 152, 169, 170, 172, 173, 230, 280, 318, 319, 323

Obligaciones prestacionales, 133, 134, 143, 145, 153, 154, 156, 157, 159, 166, 168, 169, 172, 175

## **P**

Ponderación, 78, 87, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 106, 117, 118, 121, 122, 164, 222, 280, 319, 323, 334, 340

Principios, III, IV, XX, XXIV, XXIX, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 16, 17, 18, 19, 25, 29, 32, 33, 34, 37, 38, 54, 56, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 74, 78, 79, 83, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 135, 149, 152, 153, 154, 164, 184, 186, 188, 191, 195, 198, 207, 237, 238, 239, 245, 264, 274, 280, 291, 293, 294, 295, 296, 298, 301, 303, 306, 318, 319, 323, 327, 331, 339, 344

## **R**

RAWLS, XXIV, 16, 18, 19, 31, 32, 36, 39, 40, 282, 295, 296, 337, 340, 354

Recurso de protección, 71, 72, 79, 80, 81, 121, 131, 181, 227, 228, 229, 273, 337

Reglas, III, XX, XXI, 7, 26, 27, 37, 53, 56, 60, 78, 83, 84, 87, 88, 89, 91, 93, 95, 98, 99, 102, 106, 112, 113, 118, 120, 122, 191, 195, 206, 228, 248, 280, 298, 299, 318, 319

## **S**

Salud (derecho), 69, 70, 71, 84, 108, 110, 128, 129, 130, 152, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 175, 234, 251

Subjetiva (función), V, 148, 150, 236, 237, 242, 243, 244, 247, 262, 263, 271, 281, 320

Sentencia T-025/2004, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 250, 251, 252, 254, 255, 259, 261, 262, 268, 308, 309, 350

Sentencia T-153/1998, 152, 203, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 259, 260, 268, 311, 350

## **U**

UPRIMNY, 190, 201, 342, 355

## **V**

Vida (derecho), 14, 43, 45, 54, 64, 70, 80, 95, 96, 102, 108, 109, 110, 129, 130, 131, 137, 138, 139, 140, 150, 152, 153, 154, 158, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 173, 174, 175, 227, 230, 232, 233, 242, 251, 252, 254, 264, 265, 272, 274, 289, 291, 300, 327

## **W**

WALDRON, 284, 285, 286, 287, 298, 299, 300, 343, 355