



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**“ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS.”**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

JAVIER IGNACIO NAVARRO ARACENA

PROFESOR GUÍA:

SR. PAULINO VARAS ALFONSO

Santiago, Chile

2015

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I:	
APROXIMACION A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLICITOS	
1.1. Antecedentes.....	8
1.1.1. Caso norteamericano	
1.1.2. Caso francés.....	11
1.1.3. Conclusiones.....	12
1.2. Derecho Constitucional Implícito.....	14
1.2.1. Precisiones	
1.2.2. Identificación Norma de Derecho Fundamental.....	15
1.2.3. Concepto.....	16
1.2.4. Características	
1.2.4.1. Supra positivo.....	17
1.2.4.2. Irreversible.....	18
1.2.4.3. Falta de reconocimiento explícito	
1.2.4.4. Catálogo de derechos fundamentales abierto.....	20
1.2.5. Clasificación Derechos Constitucionales Implícitos.....	21
1.3. Conclusiones	

CAPITULO II:

REGULACION DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES NO ENUMERADOS

2.1. Introducción.....	23
2.2. Tratamiento de los Derechos Fundamentales Implícitos	
2.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	
2.2.2. Derecho Comparado.....	28
2.2.2.1. Perú	
2.2.2.2. Colombia.....	31
2.2.2.3. Argentina.....	32
2.3. Tratamiento de los Derechos Constitucionales implícitos en Chile.....	33
2.3.1. Principios de interpretación en materia de derechos fundamentales	
2.3.2. Examen de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva	
Constitución.....	35
2.3.2.1. Filosofía Constitucional.....	36
2.3.2.2. Técnica Constitucional.....	37
2.3.2.2.1. Tipos de Normas Constitucionales.....	41
2.3.2.3. Eliminación de los Artículos 8° y 28° del Anteproyecto	
Constitucional.....	42
2.4. Relación entre algunos artículos de la Constitución y la identificación, desarrollo y reconocimiento de derechos fundamentales no enunciados.....	44
2.4.1. Artículo 1° inciso primero.....	45
2.4.2. Artículo 1° inciso cuarto.....	48
2.4.3. Artículo 5° inciso segundo	

CAPITULO III:

EXAMEN DE APLICACION Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

3.1. Introducción.....	53
3.2. Análisis de Sentencias.	
3.2.1. Rol N°226-1995 del Tribunal Constitucional.....	54
3.2.2. Rol N°2432-2013 del Tribunal Constitucional.....	60
3.2.3. Rol N°239-1996 del Tribunal Constitucional.....	67
3.2.4. Rol N°634-2007 del Tribunal Constitucional.....	71
3.2.5. Rol N°2454-2013 del Tribunal Constitucional.....	79
3.2.6. Rol N° 2408-2013 del Tribunal Constitucional.....	86
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	104

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política es el instrumento jurídico fundamental de una nación. Su estructura se divide en una parte orgánica y otra dogmática. La primera se refiere principalmente a la organización del Estado y los poderes públicos, mientras que en el sector dogmático se consagran los valores, principios, derechos y garantías que conforman el corazón del documento e irradian todo el ordenamiento en su conjunto.

Las Constituciones se clasifican tradicionalmente en escritas o no escritas, breves o extensas y flexibles o rígidas.

La enorme mayoría de las Constituciones son escritas, esto significa que sus normas son dispuestas en un texto cuyo contenido regula lo que es tenido o no por constitucional. Esto permite mayor seguridad, precisión, solemnidad, y estabilidad político-social. Las Constituciones son breves o extensas según lo abundante y detallado de su configuración, y flexibles o rígidas en atención a la celeridad de los mecanismos de reforma que incluyan.

La Constitución Política de la República de Chile se caracteriza por ser escrita, extensa y rígida. Hoy existen varios factores que invitan a cuestionarse la escrituración de un catálogo de derechos y garantías inserto en la Constitución. El desarrollo de la tecnología y la masificación de internet permiten el acceso a un nivel de información enorme que puede ser compartida en segundos. Esto ha reconfigurado las dinámicas colectivas hacia una ciudadanía más empoderada y exigente respecto al ejercicio y protección de -lo que entiende como- sus derechos esenciales. El fenómeno en comento se suma a otras exigencias -propias de la evolución económica, social, tecnológica y cultural- descubiertas a partir de situaciones imprevistas para el constituyente original, que provocan conflictos sobre la identificación de eventuales nuevos derechos fundamentales.

En razón del contexto descrito, parece claro que la actualización del plexo de derechos constitucionales debería ser realizada con un nivel de prontitud incompatible con el cumplimiento de los requisitos constitucionales impuestos para una reforma de este tipo. Interesa observar cómo reacciona nuestro ordenamiento constitucional frente a esta problemática.

El objeto de esta investigación es realizar un análisis crítico de los derechos fundamentales implícitos en nuestro derecho, para lo cual será necesario verificar los antecedentes históricos de la Constitución y explorar la verdadera voluntad del constituyente respecto a la materia, revisar la recepción que tienen estos derechos en la propia Constitución, observar los mecanismos de identificación de derechos no enunciados utilizados en Chile y en derecho comparado, investigar cómo han sido recogidos los derechos innominados en otras latitudes y en tratados internacionales sobre la materia, e indagar sobre el desarrollo jurisprudencial de los derechos constitucionales implícitos en Chile.

Esta investigación se divide en tres capítulos, la parte inicial del primero de ellos – denominado “Aproximación a los Derechos Constitucionales Implícitos”- revisa el tratamiento de los derechos innominados durante los primeros procesos constituyentes en Francia y Norteamérica, posteriormente –en el mismo capítulo- se intenta caracterizar y construir una definición tentativa del concepto en estudio, distinguiendo diversos tipos de Derechos Constitucionales Implícitos.

En el capítulo segundo –titulado “Regulación de los Derechos Constitucionales no enumerados”.- se examinan los mecanismos del sistema internacional de protección de Derechos Humanos –con especial énfasis en aquellos instrumentos que recogen derechos innominados-, y se realiza una aproximación a la recepción de la problemática en el derecho comparado. La parte final de este capítulo se ocupa de la situación de los derechos fundamentales implícitos en el ordenamiento chileno, con mayor abundamiento en el análisis de la voluntad del constituyente –expresada en las Actas de la Comisión de la Nueva Constitución- respecto al eventual reconocimiento de derechos fundamentales ubicados fuera del texto constitucional y la aparente taxatividad del plexo de derechos y garantías contenido en la actual Constitución.

En el capítulo tercero se verifica el desarrollo jurisprudencial de los Derechos Constitucionales implícitos en Chile, exponiendo sentencias que ejemplifican como han sido construidos, por la magistratura constitucional, algunos derechos fundamentales no enunciados explícitamente en el articulado del documento supremo. Se busca indagar la eventual existencia de criterios comunes, aplicados por el operador jurídico a un número considerable de fallos, durante un lapso relevante de tiempo, que permita

dilucidar la recepción jurisprudencial de una teoría de los derechos Constitucionales implícitos en Chile.

En el capítulo final se analiza críticamente la situación de los derechos fundamentales no enunciados en la legislación nacional, precisando dificultades y proponiendo soluciones tendientes a un perfeccionamiento acorde con el nivel de exigencia que la sociedad reclama respecto a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana no contemplados explícitamente en el catálogo de derechos contenido en la Constitución. Un documento en sintonía con la evolución de los derechos fundamentales en Chile y el mundo.

CAPITULO I: APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLICITOS

1.1. Antecedentes

Para definir y conocer los derechos constitucionales implícitos, es conveniente -a modo de antecedente y de manera sucinta- examinar el panorama histórico, ideológico y teórico-político coetáneo a los primeros procesos constituyentes, y observar como ya en las primeras Constituciones ciertos derechos se establecieron de manera explícita, y otros no fueron considerados en el papel.

En conexión con lo señalado, conviene recordar que la esencia del constitucionalismo es humanista, sus justificaciones, impulsos y orientaciones se encuentran indisolublemente ligados a la promoción y desarrollo de la persona, elemento sustancial y principio rector alrededor del cual sujeta su avance.

Con la finalidad de verificar los antecedentes históricos atinentes a la materia objeto de esta investigación, nos remitiremos a lo ocurrido a finales del siglo XVIII, particularmente en Francia y Norteamérica, para conocer cómo se gestaron las primeras Constituciones. Ambos procesos históricos tuvieron un fundamento ideológico común en la doctrina del contrato social del racionalismo iusnaturalista. Concebían al Estado como una invención ficticia, originada a través de un contrato social, cuyo objetivo principal era conservar la paz y seguridad colectiva, finalidad que resultaba utópica en el estado de naturaleza previo.

1.1.1. Caso norteamericano

Es indudable que para entender el proceso norteamericano debemos considerar la influencia inglesa, cuya acción monárquica sobre los colonos se extendió durante largos años.

Hacia el año 1765, representantes de las diversas colonias norteamericanas se congregaron en la ciudad de Nueva York, con ocasión de una reunión denominada “Stamp act Congress”, donde discutieron las nuevas normas que el Reino Británico había introducido para gravar el consumo de algunos productos en territorio colonial.

El descontento expresado en esa reunión tuvo entonces un origen económico, las juntas donde en principio se tratarían temas impositivos fueron rápidamente derivando hacia discusiones político filosóficas centradas en la legitimidad del reino británico para imponer tributos en América. A los colonos les molestaba profundamente la falta de representación que tenían las asambleas coloniales en las decisiones relativas a suelo americano, radicadas exclusivamente en el parlamento inglés.

Las solicitudes de los colonos, en orden a tener mayor participación en la aprobación de normas dictadas para regular las actividades desarrolladas en norteamericana, no tendrían mayor acogida al otro lado del océano. Como respuesta a ello, en las asambleas se radicalizó la discusión, avanzando velozmente los argumentos que legitimaban la separación del Reino.

A partir de los hechos señalados, los diversos Estados que conformarían la Unión Americana intensificaron la elaboración de Constituciones propias, las que en un principio se limitaron a reconocer ciertos derechos mínimos frente al poder real. Estas Constituciones evolucionaron, bajo el predominante influjo de ideas con bases contractualistas, iusnaturalistas y racionalistas.

Con la general aceptación social del ideario ya señalado, la subsistencia y amparo de estos derechos se fundamentó principalmente en los designios del derecho natural, eliminando cualquier sujeción al favor de la autoridad monárquica.

Posteriormente, durante el proceso de negociación que derivó en la ratificación de la Constitución que regula los Estados Unidos de América, la incorporación de the Bill of Rights o Carta de derechos fue exigida como requisito por algunos Estados. En la carta se agregó -de manera explícita- un detallado catálogo de derechos y libertades, siendo la IX enmienda la de mayor interés para los efectos de este trabajo, por cuanto especifica que: “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”. Reconociendo de esta forma la existencia de ciertos derechos, que aun no siendo contemplados de manera expresa en la Constitución, son reconocidos como tales.

En virtud de lo señalado, podemos diferenciar en el proceso constituyente norteamericano la manifestación de dos grandes tipos de derechos: civiles y naturales.

Los primeros resultan del proceso en el cual se pasa del estado de naturaleza a la sociedad civil a través de la suscripción del pacto social. Los derechos naturales, en cambio, son aquellos que la naturaleza otorga a los hombres en estado natural, es posible distinguir dos clases de derechos naturales, los que eran reconocidos en el contrato social, y otros que al momento de suscribir el pacto social, y por motivos que no serán analizados en este capítulo, no se reconocían como derechos civiles, para cierto sector, este último conjunto de derechos habrían sido renunciados por el hombre al abandonar el estado de naturaleza inicial e ingresar a la sociedad.

Trascendental importancia tendrán la doctrina y jurisprudencia americana en el posterior reconocimiento, desarrollo y aplicación de estos “nuevos derechos”. El profesor Candía señala que esta categoría de derechos –refiriéndose a los derechos implícitos en la Constitución- comenzó a ser utilizada con fuerza en los Estados Unidos a partir de los años sesenta para justificar el reconocimiento jurisprudencial de pretensiones sociales sin expresa consagración constitucional, tales como: la posibilidad de gozar de libre movilidad dentro y fuera de los Estados, contraer matrimonio, la protección de la privacidad, la comercialización y consumo de anticonceptivos, la práctica del aborto y la eutanasia. Para justificar el reconocimiento constitucional de algunas de esas pretensiones, la Corte Suprema norteamericana ha señalado que existen derechos en la "penumbra" de aquellas garantías expresamente reconocidas en el Bill of Rights. Dichos derechos constituyen una categoría especial, la categoría de los "derechos no enumerados" o derechos implícitos¹.

Por tanto, ya en los primeros constituyentes norteamericanos existía la conciencia de que en la carta fundamental no se encuentran todos los derechos provenientes de la naturaleza del hombre. En base a la experiencia expuesta, y según el ideario imperante a la época en que se dictó la Constitución Americana, es en el remanente derivado del tránsito del estado de naturaleza a la organización de estas sociedades donde

¹ CANDIA F., GONZALO. Analizando la tesis de los derechos implícitos. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad del tribunal constitucional rol n°2.408-2013 de 6 de Marzo de 2014. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100017&script=sci_arttext>

podríamos encontrar el origen de las primeras manifestaciones de derechos constitucionales implícitos.

1.1.2. Caso Francés

El caso francés es distinto, previo a la Constitución misma encontramos la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta declaración fue votada durante la revolución francesa, por la asamblea nacional constituyente, y tuvo ambiciones muy superiores a las del constituyente americano. Se elaboró intentando transformarse en un catálogo moral absoluto para toda la humanidad, pretendía trascender el mundo jurídico y ser un legado eterno para las futuras generaciones.

El texto de la declaración dispuso -en su Preámbulo- que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos². Los autores, concibieron los derechos contenidos en el documento como anteriores y superiores a cualquier otra creación humana, reconociéndoles jerarquía máxima, perpetua e inmodificable sobre cualquier instrumento normativo coetáneo o posterior. Es menester advertir que los derechos son los que tienen tal calidad, no el instrumento en sí mismo.

Lo que hace la Constitución Francesa de 1958 -vigente en la actualidad- al remitirse en el Preámbulo a los derechos contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es reconocer y proteger los derechos allí enunciados, otorgándoles una garantía que facilite su aplicación práctica y funcionamiento técnico, pero estos -tal como lo percibían los propios autores de la declaración- mantienen su origen extrapositivo, anterior y superior frente a cualquier otra creación humana. El constituyente francés reconoce a los derechos contenidos en la declaración como universales e inherentes a todo ser humano, con absoluta independencia del momento y lugar en que se encuentre.

² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789)

1.1.3. Conclusiones

El examen de las primeras manifestaciones de los orígenes del constitucionalismo permite extraer ideas que se repiten en ambos procesos.

En primer lugar, existió un consenso sobre la imposibilidad material de incorporar todos los derechos fundamentales en un sólo texto constitucional, lo que relativiza la importancia que tenía para estos primeros constituyentes la positivización de un derecho.

Para Robert Alexy, el constitucionalismo hunde sus raíces en el modelo iusnaturalista, aun cuando progresivamente fue afirmando su sentido plenamente positivo al formalizarse en un Estado constitucional. Durante este proceso se fue traduciendo en términos de derecho positivo lo que originariamente se entendía como derechos naturales previos al Estado. Ello significa que tanto el nacimiento de los derechos fundamentales, como la formación del concepto de Constitución, no responden desde sus inicios a un modelo propiamente positivista. En efecto, la evolución entraña una mixtura de modelos, iusracionalista y positivista. A lo largo de los siglos XIX y XX el sistema jurídico-constitucional se fue haciendo aún más autorreferencial (validez autónoma del derecho positivo, al margen de si su contenido coincide o no con los postulados de un supuesto derecho natural) y se dotó de mayor positividad (capacidad jurídica para regular cualquier materia sin condicionamientos externos, iusracionales o de otro tipo).³

Un segundo elemento común a ambos procesos fue la valoración del respeto a los derechos fundamentales provenientes de la persona humana como principio esencial en materia de derechos del hombre. Ambos procedimientos progresan hacia maximizar la protección y el fomento de la dignidad humana, y de los derechos y garantías que de ella deriven.

Es -entonces- la dignidad de la persona la fuente de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado⁴, debiendo la

³ ALEXY, ROBERT. Derechos sociales y ponderación. 2ª ed. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. P. 106.

⁴ NOGUEIRA, HUMBERTO. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito, fundamentación y caracterización. *Revista Ius et Praxis* (2): 245-285. p. 246, 2007.

Constitución ser creada, interpretada, y justificada utilizando a la dignidad como parámetro supremo, fuente y limitación de cualquier Carta Magna, tanto en su aspecto formal como sustantivo.

1.2. Derecho Constitucional Implícito

1.2.1. Precisiones

Es necesario, para conceptualizar los derechos constitucionales implícitos, clarificar ciertas cuestiones previas.

En doctrina se distingue entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, en cuanto los primeros refieren no solo a aquellos derechos reconocidos en la Constitución, y su validez no depende de su reconocimiento expreso, sino que deriva de su condición de inherentes al ser humano, contando con una especial relevancia material. En cambio, el concepto tradicional de derecho constitucional tiene un carácter más restringido, y describe sólo a aquellos que están formalmente reconocidos en la Constitución. Tenemos entonces que pueden existir derechos que en estricto sentido son “constitucionales” sólo porque se encuentran expresamente contemplados en la Constitución. Lo que corresponde a un sentido excesivamente acotado y formalista del término.

En base a lo anterior, erróneamente podría entenderse que no existirían “derechos constitucionales implícitos”, porque si no están en la Constitución sencillamente no serían “Derechos Constitucionales”.

Esta diferencia descrita entre los conceptos de “derecho constitucional” y “derecho fundamental” es irrelevante para los efectos de esta investigación. Se utilizarán indistintamente ambas conceptualizaciones para hacer referencia a todos los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, distinguiendo oportunamente entre los que se encuentran o no incorporados en la redacción del documento constitucional, los que no lo están se asimilarán como “derechos constitucionales implícitos” o “derechos fundamentales innominados”.

Sobre lo mismo, José Luis Cea distingue entre “Derecho de la Constitución” y “Derecho Constitucional”, el primero apunta *al estudio de las reglas positivas expresamente incluidas en el texto de ella, y el segundo al estudio de aquel texto desde el vértice de los principios y normas generales pertinentes a la idea, ethos y thelos esenciales del constitucionalismo, como parte de una antropología que racionaliza y legitima el poder para que sirva a la dignidad y derechos de la persona humana.* Es este

último concepto de “derecho constitucional” el que alude a la materia objeto de esta investigación.

Entre los derechos contenidos en el catálogo constitucional y los derechos fundamentales implícitos existe una diferencia sustantiva radicada en un requisito de existencia exclusivo de los derechos innominados, a saber: la falta de vigencia normológica. Esta condición impone al operador jurídico el poder-deber de realizar un ejercicio hermenéutico que permita aclarar el sentido de ciertas disposiciones. Existen ocasiones en que la interpretación es insuficiente para cubrir lagunas constitucionales consustanciales a los nuevos desafíos planteados por la evolución social. En algunas de esas oportunidades, la magistratura ha efectuado construcciones normativas que justifican la protección constitucional de algunas pretensiones subjetivas sometidas a su decisión. Este proceso invariablemente requiere validar la existencia del “nuevo derecho”, reconociéndole “fundamentalidad” y relevancia material.

1.2.2. Identificación Norma de Derecho Fundamental.

Ya descartada la consagración constitucional como elemento suficiente para identificar una norma de derecho fundamental. Es útil recordar lo planteado por Alexy en la “teoría de los derechos fundamentales”, cuyo texto contiene un concepto de “norma de derecho fundamental” útil en la identificación de este tipo de preceptos. El autor en comento observa que existen dos tipos de normas fundamentales: normas expresadas directamente por enunciados de la Constitución y normas adscriptas a ellas. Estas últimas permiten la aplicación de los preceptos estatuidos en la Constitución a casos concretos, otorgándoles debida precisión.

La consideración de las normas adscriptas como normas de derecho fundamental se justifica a partir de relaciones especiales que establecen con aquellas normas expresadas de modo directo en la Carta Magna. Estas relaciones se clasifican, pudiendo existir una **relación de fundamentación** entre las normas adscriptas y las normas directamente expresadas, o una **relación de precisión**, a partir de la cual la norma adscripta precisa la aplicación de una norma directamente expresada, en casos concretos, clarificando que es lo que esta ordenado, prohibido o permitido.

Alexy advierte la excesiva amplitud que supone considerar a todas las normas que establezcan estas relaciones con aquellas directamente expresadas como adscriptas, y por tanto como normas de derecho fundamental, además recalca la importancia de esta problemática, afirmando que *la discusión sobre derechos fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de cuáles normas están adscriptas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas*. Atento a lo ocurrido establece un requisito esencial, señala que las adscripciones deben ser efectuadas conforme a derecho, lo que solo sería posible cuando se realiza una fundamentación iusfundamental correcta.

En orden a lo manifestado, para Alexy las normas fundamentales son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta. A diferencia de lo que ocurre con las normas adscriptas, en el caso de las normas de derecho fundamental directamente estatuidas basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución⁵.

1.2.3. Concepto Derecho Constitucional Implícito

A partir de lo señalado por los autores en comento, y rescatando variados elementos de lo expuesto, podríamos definir –inicialmente- a los derechos constitucionales implícitos como: aquellos derechos que no están directamente reconocidos en la Constitución, pero que cuentan con relevancia material suficiente -proveniente de su particular naturaleza o relación con la dignidad humana- determinada a partir de una fundamentación iusfundamental correcta efectuada por autoridad competente, que otorgó a la pretensión subjetiva revelada reconocimiento y protección constitucional.

Es menester destacar que se trata de una definición parcial, sujeta a modificaciones a partir del trabajo desarrollado a lo largo de esta investigación

⁵ ALEXY, ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 73.

1.2.4. Características Derecho Constitucional Implícito

Una mejor comprensión de los derechos constitucionales implícitos requiere ilustrar sus principales características. Estos derechos son suprapositivos, irreversibles y carentes de reconocimiento expreso.

1.2.4.1. Supra positivo

Los derechos constitucionales implícitos son suprapositivos desde el momento en que su validez no proviene del reconocimiento explícito en la ley suprema. La jerarquía de estos derechos prevalece por sobre cualquier instrumento jurídico.

Bidart advierte que si los derechos, para ser ontológicamente tales, exigen siempre estar enunciados en una norma de origen estatal, “derechos humanos, Estado y derecho escrito”, vendrían a confundirse en una equivocada trilogía⁶.

La consagración de un catálogo de derechos constitucionales sólo busca mayor eficacia en el respeto y promoción de tales garantías, pero todos ellos son anteriores a la creación de cualquier cuerpo normativo. Durning señala que los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de ser persona. En este razonamiento se manifiesta el carácter suprapositivo de los derechos esenciales innominados, para el autor en comento “la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre si mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea”⁷.

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN J. Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional En Memoria del CONGRESO Iberoamericano de Derecho Constitucional (7º, 2002, México D.F, México). . Universidad Nacional Autónoma de México. p.111. [En Línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=342>>

⁷ NOGUEIRA, HUMBERTO. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 15-64,

El carácter suprapositivo de los derechos fundamentales fue tempranamente reconocido por el Constituyente en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que ya en su primer Memorándum –con fecha 26 de Noviembre de 1973- afirmó: “Los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado, siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico.”

1.2.4.2. Irreversible

Es un hecho ampliamente consensuado que los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana. Entonces parece lógico que, respecto a un derecho ya reconocido por la magistratura, no sea razonable aceptar que en el futuro pueda obviarse una garantía ya identificada anteriormente como atributo consustancial a la persona humana.

El profesor Humberto Nogueira señala que aun cuando ocurra esta supresión formal, el derecho cuestionado continúa obligando al Estado de manera implícita.

Esta especie particular de derechos fundamentales innominados mantiene eficacia directa, en el sentido de obligar a los poderes públicos, autoridades, grupos y personas, sin requerir desarrollo legislativo previo que establezca condiciones de ejercicio y protección. Se trata de deberes positivos de garantía y promoción para todo el Estado. Este razonamiento armoniza con dispuesto en los artículos 5° inciso 2°, 6°, 9° y 12° N°26 de la Carta Magna.

1.2.4.3. Falta de reconocimiento explícito

La carencia de resguardo expreso en la Constitución es un elemento esencial de esta categoría de derechos.

Los derechos fundamentales regularmente se identifican a partir de una norma positiva de jerarquía supralegal que les atribuye tal potestad, en cambio toda norma

2005. [En Línea] < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext > [consulta: 07 de Junio de 2014]

implícita al no estar enunciada en la legislación requiere fundamentarse a través de ejercicios hermenéuticos o construcciones jurídicas efectuadas por el operador.

En relación al ejercicio hermenéutico en virtud del cual se fundamenta la aplicación de derechos no enunciados, el Sr. Ricardo Guastini distingue dos tipos de razonamiento, de los cuales se derivan dos clases de normas aparentemente implícitas.

Al primer patrón de razonamiento lo denomina “inferencias lógicamente validas cuyas premisas son todas normas expresas”, ejemplificando con el ordenamiento italiano, en el cual una norma expresa dispone que los actos con fuerza de ley del Presidente de la República deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros; otra norma expresa atribuye fuerza de ley a los así llamados decretos-leyes (actos deliberados del Gobierno en casos de necesidad y urgencia); de lo que sigue la norma no expresa: los decretos-ley deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros⁸. Las normas derivadas de estos razonamientos corresponderían a normas jurídicas implícitas en sentido estricto.

En segundo término, otra clase de normas no expresas surgiría cuando falta alguno de los elementos existentes en el ejercicio anterior, es decir, o bien *no son inferencias lógicamente validas (en la mayoría de los casos son entinemas^{9*}) y/o representan premisas que no son normas expresas*. Señalando como ejemplo, otra vez lo ocurrido en el ordenamiento italiano, en cuya Constitución se señala *que el Gobierno debe gozar de la confianza de la Cámara (norma expresa); por tanto, la Constitución italiana ha instituido una forma de gobierno parlamentario (lo que se infiere a partir de la norma expresa mencionada y de una tácita definición de “gobierno parlamentario”); en el gobierno parlamentario el jefe de Estado no tiene funciones de conducción política, sino solo funciones de garantía de la Constitución (premisa “teórica”, propia de la dogmática constitucional): por tanto, el Jefe de Estado no puede objetar la expedición de decretos leyes deliberados del Gobierno, sino cuando sean evidentemente inconstitucionales*

⁸ GUASTINI, Riccardo. Derechos Implícitos [en Línea]

<<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/Guastini%20derechos%20implicitos.pdf>> [consulta: 14 de Junio de 2014]

⁹RAE *1. m. Fil. Silogismo abreviado que, por sobrentenderse una de las premisas, solo consta de dos proposiciones, que se llaman antecedente y consiguiente; p. ej., el sol alumbra, luego es de día.

(*norma no expresa*)¹⁰. Para Guastini, las normas derivadas de este ejercicio corresponderían -más que a preceptos no escritos- al fruto de una actividad nomopoiética de los intérpretes denominada “legislación intestinal”.

1.2.4.4. Catálogo de Derechos Fundamentales Abierto

Este elemento se refiere a un requisito relativo al documento constitucional en cuestión, más que al derecho implícito en sí mismo.

La estructura de la Constitución Política de la República de Chile cuenta con una parte orgánica, y otra dogmática. La primera regula fundamentalmente el ejercicio de la soberanía, y la segunda consagra valores, normas y principios rectores del ordenamiento, pudiendo distinguirse entre declaraciones de derechos esenciales, y recursos o acciones establecidas para su correcto resguardo.

La parte dogmática de la Constitución está expresada en los Capítulos I° –BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD-, III° –DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES- y VIII° –TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-. El capítulo tercero concentra el contenido más relevante para los objetos de esta investigación, y su diseño no contempla una norma que declare el carácter exclusivo o excluyente de los derechos allí mencionados, debiendo abandonarse una lectura formalista y literal del catálogo de derechos y garantías constitucionales.

La consolidación de los derechos fundamentales implícitos en el ordenamiento requiere necesariamente de una Constitución abierta al reconocimiento de nuevos derechos que se integren al bloque constitucional. Lo contrario limita dramáticamente la posibilidad de acoger la teoría de los derechos constitucionales implícitos.

Existen variadas razones que permiten justificar la preferencia del constituyente por un catálogo no taxativo de derechos, las que serán reveladas durante el transcurso de esta investigación.

¹⁰ GUASTINI, Riccardo. Derechos Implícitos [en línea]
<<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASUCESOS/2009/Guastini%20derechos%20i mplicitos.pdf>> [consulta: 14 de Junio de 2014]

1.2.5. Clasificación Derechos Constitucionales Implícitos

Para la doctrina tradicional es posible distinguir dos grandes tipos de derechos fundamentales implícitos. Un primer grupo se infiere de derechos enunciados, y otro grupo se basa en principios o fines constitucionales concretizados en la identificación de estos nuevos derechos.

A mayor abundamiento, y en relación a derechos que se deducen de otros ya enunciados, estos se sub-clasifican en función de su relación con los derechos explicitados en el catálogo constitucional, los hay que: a) aclaran el contenido implícito y alcances del derecho, la doctrina los denomina como “contenido nuevo de derechos viejos”, b) descubren un nuevo derecho autónomo comprendido en el enunciado mayor, c) deducen derechos revelados por la evolución sociocultural a partir de la interpretación extensiva del contenido de un derecho consagrado genéricamente.

1.3. Conclusiones

El desarrollo de una teoría de los derechos constitucionales implícitos supone abandonar las pretensiones de validar un plexo de derechos y garantías estricto con afanes de vigencia perpetua. Todas las Constituciones –sin excepción- responden a las necesidades históricas, políticas y sociológicas de cierto momento y lugar determinado. Un argumento que sustenta esta reflexión surge a propósito de la precisión efectuada por el profesor Nogueira respecto a la importancia del contexto histórico en la definición de derecho fundamental. El contexto histórico puede conceptualizarse como el conjunto de sucesos políticos, sociales, económicos, culturales, etc., de un pueblo o de una nación que rodean un hecho o situación. La definición permite inferir que el contexto histórico es, por esencia, dinámico. Esto último reafirma la imposibilidad de elaborar un catálogo de derechos fundamentales taxativo e inmutable.

Para enfrentar esta problemática las Constituciones incluyen cláusulas de apertura y/o mecanismos de reforma en sus textos. Si bien la Constitución Chilena carece de una cláusula abierta que regule la identificación de derechos esenciales no enumerados en la ley suprema, tampoco declara el carácter taxativo de los derechos allí enunciados.

Los métodos para reformar la Constitución tienen exigentes requisitos y complejizan una oportuna respuesta constitucional frente a las nuevas exigencias de libertad, igualdad, y seguridad provenientes de las situaciones derivadas del progreso social. Sabido es que estos requerimientos son revelados a nuestra inteligencia con posterioridad a la redacción del texto constitucional. Es menester entonces, durante el desarrollo de este trabajo, analizar como la Constitución puede enfrentar los desafíos que plantea esta problemática.

Un primer paso es reconocer la constante tensión que implica contener un catálogo de derechos -sin cláusula de apertura- predominantes en el ordenamiento, frente a nuevos conflictos surgidos a partir de exigencias propias del desarrollo y la evolución social, develándose nuevas colisiones intersubjetivas de intereses.

En efecto, los derechos humanos son tantos como el progreso y desarrollo de la humanidad vayan descubriendo y haciendo necesario reconocer y proteger, para la elevación de la calidad espiritual y material de la vida¹¹.

En virtud de lo expuesto puede sostenerse que existe un rango abierto pero limitado de derechos constitucionales implícitos, ya que si bien no están todos enunciados directamente en la Carta Magna, esto no implica laxitud y libertinaje en su construcción, por cuanto su validez y aplicación, debiera sujetarse a lo menos, según lo determinado en cada ordenamiento, a una fundamentada conexión con principios, normas o valores constitucionales.

¹¹ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2008. p.72.

CAPITULO II: REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES NO ENUMERADOS

2.1. Introducción

En este capítulo se examina el tratamiento de los derechos fundamentales implícitos en tres áreas, la Constitución Política de la Republica, los instrumentos más relevantes de la materia comprendidos en el sistema internacional de protección de derechos humanos, y algunas Constituciones de derecho comparado especialmente útiles para vislumbrar las metodologías empleadas en países cercanos.

La observancia de los instrumentos constitucionales vigentes permite sostener que la estipulación de un catálogo de derechos en la Constitución es una de las características propias del constitucionalismo moderno. Esto último es particularmente interesante cuando se trata de instrumentos internacionales cuyo objeto es el resguardo de derechos fundamentales a escala global, importa verificar cómo estos documentos enfrentan la problemática de los derechos no enunciados, complejizada por la aspiración de diseñar un mecanismo de protección de los derechos esenciales a escala mundial.

2.2. Tratamiento de los Derechos Fundamentales Implícitos

2.2.1. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las fuentes del derecho internacional de derechos humanos son variadas y complementarias; tratados, convenios, principios generales del derecho, costumbre, actos unilaterales de los Estados, y resoluciones de diversos organismos internacionales destacan entre las más importantes.

La profesora Cecilia Medina Quiroga aclara que así como las fuentes internacionales se influyen entre ellas, también existe reciprocidad entre estas fuentes y las domésticas. Desde el punto de vista del derecho internacional, no hay que olvidar que los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de los Estados; este derecho, por lo tanto, puede ser fuente de normas internacionales, como también criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales. La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los

Estados parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, también el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional¹².

Luego de la Segunda Guerra Mundial y dada las atrocidades cometidas durante ese período, globalmente surgió una gran inquietud por establecer mecanismos internacionales que protegieran los derechos básicos de las personas y expresaran aquellos valores universalmente compartidos, reconociendo a los individuos como sujetos de derecho internacional.

En Abril de 1945, aún con las cicatrices frescas de la cruenta guerra, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco, Estados Unidos, con el objeto de idear un organismo de carácter internacional, que permitiera promocionar la paz y evitar futuros enfrentamientos internacionales que amenazarán con poner en riesgo el futuro de la golpeada civilización, la comunidad internacional tradujo este deseo en la formación de la Organización de las Naciones Unidas, cuya acta fundante fue complementada con la intención manifiesta de establecer un documento capaz de garantizar un conjunto de derechos fundamentales con reconocimiento supranacional y amparo global, este instrumento finalmente conocido como “Declaración Universal de Derechos Humanos” fue aprobado en Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París, el 10 de Diciembre de 1948.

En la declaración se enuncian treinta derechos fundamentales que son considerados como un acervo jurídico común de observancia obligatoria para todos los países comprometidos, sin perjuicio de esta enumeración de garantías se advierte en el Preámbulo de la Declaración la intención de valorar otros derechos inherentes al ser humano, consagrando que: el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos

¹² MEDINA Q., CECILIA. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003 p.5.

iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo¹³. Las buenas intenciones reproducidas en la Declaración eran fuertemente limitadas por la naturaleza jurídica del instrumento, pues al ser una mera declaración los preceptos allí consignados no tenían fuerza jurídica obligatoria, en razón de ello y con la finalidad de otorgarles la eficacia capaz de garantizar los derechos enunciados, la declaración fue refundida en dos grandes tratados multilaterales, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”¹⁴ y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁵

A nivel continental se impulsa la creación de lo que hoy se conoce como un sistema interamericano de protección de los derechos humanos, este esfuerzo tiene como primer antecedente la IX Convención Interamericana efectuada durante el año 1948 en Bogotá, lugar donde se acordó la Carta de la Organización de Estados Americanos, y se ideó lo que meses después se aprobaría como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el primer instrumento se reconocen ciertos derechos fundamentales aplicables a todos los Estados que forman parte de la organización, en cambio el segundo no tiene la naturaleza jurídica de un tratado, sólo es una mera declaración escasa de exigibilidad y obligatoriedad, sin embargo igualmente se ha reconocido como fuente de principios y costumbre internacional.

A pesar de los esfuerzos efectuados, el naciente sistema carecía de algún órgano encargado de la promoción y garantía de los derechos enunciados, lo que en términos prácticos se traducía en una protección sujeta a la entera voluntad de los Estados.

Hacia el año 1959 las tensiones en Centro América y el Caribe motivaron que la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) citará a una reunión extraordinaria de Consulta de Ministros de RR.EE, esta se efectuó en Santiago de Chile entre los días 12 y 18 de Agosto de 1959, y de ella surgió una importante resolución (N°

¹³ Preámbulo Declaración Universal de Derechos Humanos

¹⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

¹⁵ Adoptado por la asamblea general de la ONU por resolución n°2.200, del 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha.

VIII, titulada Derechos Humanos) que encomendó al Consejo Interamericano de jurisperitos dos tareas de enorme valor: impulsar la creación de un proyecto de Convención Americana de derechos humanos referido a la parte substantiva de la materia y liderar el establecimiento de un tribunal que aplicara ese derecho. Además se acordó crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuya labor fundamental sería la promoción y observancia de los derechos humanos.

La gestación del proyecto de Convención encomendada al Consejo Interamericano de Jurisperitos fue una extensa labor enriquecida a lo largo de diez años por las propuestas de varios gobiernos del continente. Corría el año 1969 cuando el Consejo de la OEA convocó a una reunión especial en San José de Costa Rica, allí se aprobó el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido también como Pacto de San José de Costa Rica, a este instrumento podían adherirse todos los miembros de la organización. En la misma ocasión, y dando cumplimiento a lo mandatado en la reunión de Santiago de 1959, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, institución independiente de la OEA cuya finalidad principal encomendada es garantizar los derechos consagrados en la Convención. La Corte posee una competencia contenciosa, limitada a los Estados partes en la Convención que expresamente le hayan conferido tal atribución, y una competencia consultiva extendida a todos los países miembros del sistema interamericano¹⁶.

En cuanto a la relación entre la Convención y los derechos fundamentales implícitos, el pacto de San José de Costa Rica incorpora un catálogo de derechos civiles y políticos (arts. 3 a 25) al que agrega una cláusula que eventualmente acogería derechos implícitos, esta regla interpretativa se encuentra establecida en el artículo 29º letra c) del instrumento, y señala que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. A partir de lo cual podría señalarse que todos los países que ratificaron esta Convención

¹⁶ FAUNDEZ L., HÉCTOR. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales. 3ª ed. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p.207.

habrían incorporado un catálogo abierto de derechos fundamentales -no enumerados- a sus ordenamientos, pero la escasa aplicación jurisprudencial que ha tenido esta cláusula como ventana para la consideración de nuevos derechos no permite otorgarle esta función, observándose más bien como una regla destinada a restringir la discrecionalidad del intérprete respecto a los derechos de libertad e igualdad consagrados en la Convención. A pesar de ello, esta norma demuestra que el sistema en comento es un todo que sobrepasa la mera letra de la ley y que obliga al intérprete a considerar al ser humano en su totalidad y a tener en mente todo aquello que el sistema democrático requeriría para maximizar la protección de los derechos humanos.

El artículo 29.c) también refleja la disposición del sistema interamericano en el sentido de que los tratados no conceden derechos humanos, sólo los reconocen. Y que pueden existir derechos humanos que no han sido formalmente reconocidos en cuerpo jurídico alguno¹⁷. El artículo -29- de la Convención incluye en ella no sólo los derechos enunciados en el instrumento sino que todos aquellos que por medio de este precepto pudieran incorporarse.

Sabido es que la discusión sobre el reconocimiento constitucional de los derechos humanos es un debate presente en muchos países, pero se aleja del objeto de este trabajo adentrarse en los detalles de esta controversia. En Chile, la doctrina y jurisprudencia ordinaria mayoritarias han otorgado reconocimiento constitucional a los tratados internacionales ratificados por nuestro país, a partir de lo señalado en el artículo 5° inciso segundo de la Ley fundamental, a saber; 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. Esta posición diside de la expresada por el Tribunal Constitucional, órgano que se ha mostrado vacilante al respecto.

La Convención Americana no contiene norma alguna en su articulado que regule el espacio que tiene en el derecho interno de cada Estado, sin embargo en el Preámbulo se hace cargo de posibles conflictos reconociendo expresamente el carácter

¹⁷MEDINA Q., CECILIA. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003. p.6.

coadyuvante o complementario del instrumento. Señala al respecto que “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.”

2.2.2. En Derecho Comparado

En este capítulo además de verificar la recepción del problema de los derechos constitucionales implícitos en los principales instrumentos multilaterales de orden internacional, también se esboza el tratamiento que se les ha otorgado en el derecho interno de otras naciones.

La elección de los países –Perú, Colombia y Uruguay no fue antojadiza-, obedece a que tienen una cultura jurídica semejante a la nuestra y un progreso sostenido en el tratamiento de la materia.

2.2.2.1. Perú

La Constitución Peruana realiza en su artículo 2° una enumeración de derechos constitucionales protegidos, a continuación de la cual incorpora una cláusula especial en su artículo 3°, señalando que; “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Esta cláusula contiene parámetros específicos en base a los cuales debe desarrollarse la construcción judicial. Los principios de dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de derechos y forma republicana de gobierno, son los criterios sustantivos previstos por el ordenamiento peruano para determinar si un derecho tiene la relevancia material suficiente que lo haga merecedor de reconocimiento y protección constitucional.

La tarea del intérprete encargado de la construcción jurídica de los nuevos derechos es sumamente compleja, en primer lugar porque los conceptos utilizados en la cláusula poseen alta carga valorativa y son semánticamente abiertos, y en segundo lugar porque los principios de soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno son cimientos jurídico-políticos que asientan el poder político-estatal, menester resulta recordar la definición de derecho fundamental propuesta por Carl Schmitt, según ella, derechos fundamentales son “sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución¹⁸”. En este caso, lo problemático resulta de la inevitable asociación entre fundamentos del Estado y Constitución, situación que podría generar cierta confusión en el intérprete, a riesgo de caer en una falacia argumentativa circular que justifique el actuar político, sobre todo en aquellos conflictos que involucren el resguardo de la libertad y dignidad de una persona frente al poder estatal. Al respecto Bidart advierte que muchas veces “identificamos al sistema jurídico con el derecho estatal y lo hacemos maleable a la decisión del poder, degradando el valor de la justicia con un relativismo escéptico desprovisto de todo parámetro objetivo, porque la respuesta a los derechos la estamos dando desde dentro del Estado mismo.”

A pesar de ello la Constitución peruana tiene la virtud de reconocer el carácter no taxativo de la enumeración de derechos -efectuado en el artículo 2° - y otorgar parámetros que guíen al operador jurídico en la interpretación y construcción de nuevos derechos.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado, a propósito de la “doctrina de los derechos no enumerados”, que la “cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales” -art.3- permite a aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no ser desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, reconociéndolos y dotándolos de las mismas garantías de aquellos enunciados expresamente¹⁹.

¹⁸ALEXANDER, ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.63.

¹⁹ Perú 0895-2001 AATC

Un ejemplo de aplicación de esta cláusula por la magistratura Constitucional Peruana se encuentra en resolución que consagra el derecho a la objeción de conciencia²⁰. En ella el tribunal se refiere específicamente a la doctrina de los derechos no enumerados, resaltando su utilidad para reconocer nuevos derechos vinculados directamente con el principio de dignidad, surgidos como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances tecnológicos sociales o culturales. En la misma resolución aludida el tribunal distingue –respecto a los derechos no enumerados- entre “contenidos implícitos” de “derechos viejos” y “contenidos nuevos” de un “derecho escrito”. Los contenidos implícitos de derechos viejos surgen cuando es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido, otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, puede configurarse autónomamente, en el caso de “contenidos nuevos” de un “derecho escrito”, ocurre que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, para el tribunal peruano el derecho a la objeción de conciencia constituye uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia, fundado en la inutilidad que tendría el poder de auto determinarse en la formación de creencias e ideas, si no fuera posible obrar conforme a los designios de la propia conciencia. Debe reconocérsele a la formación de la conciencia la posibilidad de trascender, lo contrario implicaría para el sujeto una represión a sus convicciones que afectaría la psiquis del individuo y su dignidad de ser humano. El derecho a la objeción de conciencia faculta al individuo para refutar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal ejecución vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia²¹.

La aplicación de esta cláusula ha derivado en el reconocimiento de otros derechos constitucionales innominados, como: derecho al agua potable²² –el Estado se obliga a garantizarle al individuo el acceso, calidad y suficiencia del agua potable, dentro de su

²⁰ STC Exp. N°-0895-2001-AA/TC

²¹ STC Exp. N°-0895-2001-AA/TC

²² STC Exp. N°-6546-2006-PA/TC

rol social y lógica de protección al ser humano y su dignidad, buscando la realización plena del individuo-, derecho a la verdad²³, y derecho a la promoción o ascenso²⁴, entre otros.

2.2.2.2. Colombia

La Constitución Política de Colombia incorpora en el artículo 94° del capítulo cuarto –denominado de la aplicación y protección de los derechos- la recepción de derechos no considerados formalmente en el texto constitucional, disponiendo que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

El ordenamiento colombiano cuenta además con una acción procesal directa de amparo de derechos fundamentales vulnerados o amenazados, instaurada en el Art.86 de la Constitución. Este precepto concede a toda persona una acción de tutela ejercida ante los jueces -en procedimiento preferente y sumario- destinada a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública. La acción procede también contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto a quienes el solicitante se halle en estado de subordinación e indefensión. El fallo, que será de cumplimiento inmediato, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción fue complementada a través del decreto número 2591 del año 1991, que en su artículo segundo otorgó preferencia en la revisión de los casos -relativos a este recurso- que atiendan a un derecho no enunciado formalmente en la Constitución, señalando que “cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente en la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

²³ STC Exp. N.º 2488-2002-HC/TC

²⁴ STC Exp. N.º 2254-2003-AA/TC

Es la Corte Constitucional de justicia el órgano mandatado para el desarrollo de los derechos constitucionales innominados a través del ejercicio de la función jurisdiccional, en virtud de la cual se ha ampliado el plexo de derechos fundamentales protegidos, incorporando algunos –tales- como: derecho al establecimiento de la filiación real²⁵, derecho al mínimo vital²⁶ -derecho a recibir ciertos bienes que garanticen condiciones mínimas para que un ser humano pueda subsistir y permanecer incluido en la sociedad-, derecho de acceso a los documentos públicos²⁷, entre otros. Estos derechos revelan una creciente línea jurisprudencial tendiente al reconocimiento de derechos fundamentales innominados en el ordenamiento colombiano, fortalecida por una acción de amparo general y preferente, y una cláusula que otorga criterios para la identificación de nuevos derechos.

2.2.2.3. Argentina

En la República Argentina existe una larga tradición de reconocimiento de derechos fundamentales innominados, hacia el año 1860 Argentina fue el segundo país Americano –después de Estados Unidos- en incorporar una cláusula que los acogía. Hoy el artículo 33° de la Constitución vigente honra esta tradición, al revelar que: “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”

La voluntad del constituyente al momento de incorporar este artículo –año 1860- se manifestó en el diario de sesiones de la Convención de la época, donde se expresó que: La enumeración que se hace en la primera parte de los derechos y garantías de los individuos, que en algunos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas, no deben tomarse sino como ejemplos para ir de lo concreto y lo expreso a lo desconocido y tácito²⁸. En opinión del profesor Ferreira Causil, con esas palabras los

²⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-109-95.htm>

²⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-490-04.htm>

²⁷ Sentencia T-705/07 [En línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-705-07.htm> [consulta: 28 Enero 2015]

²⁸ DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION DEL ESTADO DE BUENOS AIRES ENCARGADA DEL EXAMEN DE LA CONSTITUCION FEDERAL [En línea]

Constituyentes sin saberlo planteaban un postulado de lo que hoy se conoce como el nuevo constitucionalismo, que ha introducido ideas tan importantes como que las Constituciones no son textos de piedra que contienen listas inmodificables de derechos²⁹.

2.3. Tratamiento de los Derechos Constitucionales Implícitos en Chile

Como ya fue señalado, la identificación de los derechos constitucionales implícitos requiere de un ejercicio hermenéutico complejo, siendo el arte de la interpretación una actividad esencial e imprescindible para el reconocimiento y desarrollo de estos derechos.

La interpretación constitucional es la técnica que proporciona las herramientas necesarias para el estudio y correcto entendimiento de la Carta Fundamental. Esta se divide en auténtica –realizada por el propio constituyente-, doctrinaria y judicial³⁰.

2.3.1. Principios de Interpretación en materia de Derechos Fundamentales

En materia de interpretación de derechos humanos, existen algunas reglas o pautas que deben ser observadas por el operador jurídico, el profesor Humberto Nogueira³¹ destaca las siguientes:

<https://books.google.cl/books?id=nvM1AQAAMAAJ&pg=PA66&lpg=PA66&dq=diario+de+sesiones+de+la+convencion+del+estado+de+buenos+aires+1860&source=bl&ots=R0i2KwfaqX&sig=GqpvFDhL7hVM8_2bsPQq7Z18Iss&hl=es&sa=X&ei=9_JLVbyfDYihgwSbg4E4&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=diario%20de%20sesiones%20de%20la%20convencion%20del%20estado%20de%20buenos%20aires%201860&f=false> [consulta: 21 Enero 2015].

²⁹ FERREIRA C., ADRIANA. Los derechos innominados en Colombia, reflexiones sobre su origen. [En línea] <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-publico/los_derechos_innominados_3.pdf> [consulta: 18 Enero 2015].

³⁰ GALINDO B., MANUEL E. Tema N°10: Clases, Formas y Técnicas de la Constitución. Facultad de derecho, Universidad Santa María. [en línea] <<http://derechote.blogspot.com/2012/01/constitucional-tema-10.html>> [fecha consulta: 14 de marzo de 2015].

³¹ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Revista Ius et Praxis*, 9 (1), 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 19 de Diciembre de 2014]

- i) principio “pro homine”: determina privilegiar siempre la aplicación del instrumento o regla tendiente a favorecer los derechos de la persona, debiendo el operador remitirse a la norma e interpretación que mejor los proteja.
- ii) principio de retroalimentación recíproca: debe aplicarse aquella norma de fuente nacional o externa –válidamente incorporada al ordenamiento- que mejor proteja los derechos humanos.
- iii) principio de progresividad: según este criterio, atendido a que los derechos humanos se encuentran en un estado evolutivo constante, los preceptos que se refieran a cada derecho se amplían a partir de los tratados y convenciones que aludan a ellos.
- iv) principio de indivisibilidad: determina que todo derecho humano es parte de un sistema donde se relaciona de manera interdependiente con otros derechos fundamentales -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- formando un sistema que debe ser preservado armónicamente.
- v) principio de auto ejecutividad: este criterio le reconoce aplicación directa a las normas sobre derechos humanos.
- vi) principio de interpretación teleológica: el operador jurídico debe interpretar las normas habida consideración de que el fin último y esencial de su aplicación debe orientarse a la mayor protección posible de los derechos humanos

En cuanto a la interpretación auténtica del instrumento y con la finalidad de comprender la voluntad del constituyente en relación al eventual reconocimiento de ciertos derechos fundamentales no enunciados en la Carta Magna, es necesario remitirse a las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, más conocida como “Comisión Ortuzar”, en referencia a quien la presidió desde sus orígenes. Este órgano fue compuesto por destacados especialistas en el ámbito del derecho constitucional, a quienes la Junta de Gobierno militar encomendó la misión de elaborar el anteproyecto de una nueva Carta Magna.

La tarea del constituyente fue sumamente compleja desde un comienzo, debido al contexto político-social particularmente sensible para los derechos humanos en nuestro país y a los cuestionamientos sobre la legitimidad que podría tener una Comisión designada arbitrariamente por un gobierno de facto. La labor de la entidad fue mirada con recelo por los organismos internacionales.

Pese a lo expuesto, la Comisión se abocó durante largos años -y cuatrocientas diez y siete sesiones- a la redacción del anteproyecto de una nueva Constitución, poniendo especial énfasis en el aspecto dogmático de la Carta Magna, el tratamiento que tendrían los derechos fundamentales y los mecanismos efectivos de protección y garantía que se adoptarían.

En esta investigación, y con la finalidad de obtener herramientas útiles para el estudio y posterior comprensión de la voluntad del constituyente, en todo lo que pudiera relacionarse con el problema de los derechos constitucionales implícitos, fueron revisadas las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, desde la primera sesión celebrada el 24 de Septiembre de 1973 (sólo trece días después del quiebre institucional), hasta la última, fechada el 16 de Mayo de 1978. También se observó lo relativo a esta problemática que fue debatido en el Consejo de Estado, órgano que desde su quincuagésima sesión conoce de la exposición del anteproyecto constitucional realizada por el también Consejero Sr. Enrique Ortuzar Escobar.

2.3.2. Examen de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución

A partir del análisis de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se observó especialmente todo lo que pudiera develar la concepción que el Constituyente tenía sobre aquellos derechos que no fueron enumerados en la parte dogmática de la Carta Magna. También tiene especial interés, para los efectos de esta investigación, identificar la voluntad del constituyente respecto a los valores esenciales que inspiraron su labor, en cuanto configuran parámetros de consideración obligatoria para el futuro interprete. Además, en esta revisión, se destacan algunos rasgos relevantes de la técnica constitucional utilizada por el constituyente para enfrentar la problemática de los derechos constitucionales no enunciados. La conjunción de estos

elementos otorga herramientas necesarias para facilitar la interpretación auténtica del texto en estudio.

2.3.2.1. Filosofía Constitucional

La parte dogmática de la Constitución tiene un ideario que constituye su columna vertebral, se trata de la filosofía inspiradora en la cual descansa la Constitución. La definición de este punto agrupaba un consenso mayoritario entre los miembros de la Comisión, lo que se manifestó desde un principio en documento titulado como “Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la Republica”, donde en el apartado destinado a afirmar los valores permanentes de la chilenidad se indica que la estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir e idiosincrasia de nuestro pueblo³².

Este ideario fue reiterado expresamente por el presidente de la Comisión Sr. Enrique Ortuzar Escobar durante sesión especial en la que se recibió la visita de la primera delegación de la Comisión Interamericana de derechos humanos de la OEA, comitiva de visita oficial mandatada para revisar in situ la situación de los derechos humanos en Chile, cuyas violaciones ya se advertían en el concierto internacional. En palabras del Sr. Ortuzar, insertas en el discurso de bienvenida a la delegación, toda la estructura constitucional se basará en la concepción humanista cristiana del hombre y la sociedad...” (*Sesión N° 57 celebrada el 25 de Julio de 1974*).

El debate sobre la manera de expresar la filosofía que inspiraría la Carta Magna también se revela en las Actas de la Comisión, el desarrollo de estas ideas a lo largo de las sesiones permite identificar ciertos elementos que se repiten y conforman la concepción humanista cristiana del hombre y la sociedad antes mencionada.

El primer componente de esta visión humanista del hombre y la sociedad, reiterada entre los miembros de la Comisión Constituyente al momento de comentar la filosofía

³² Memorándum aprobado por la Comisión Constituyente con las metas u objetivos fundamentales de la nueva Constitución Política de la Republica inserto en la Sesión N°18 fechada el 26 de Noviembre de 1973.

inspiradora que debería representar el documento, es la necesidad de asentar que los derechos fundamentales son preexistentes a cualquier instrumento que pretendiera organizarlos, ya que no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, y son, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico³³. Esta característica de los derechos fundamentales reunía tal unanimidad entre los integrantes de la Comisión que fue incorporada en el Preámbulo del anteproyecto constitucional presentado para el análisis de la Comisión durante la sesión número cuatrocientos catorce celebrada el 27 de Septiembre de 1978, en él se disponía que el ser humano tenía derechos naturales, anteriores y superiores al Estado.

Un segundo elemento que distingue al movimiento constitucional en su conjunto, y a la filosofía humanista y cristiana en particular, es la importancia que se le atribuye al respeto por la dignidad humana como pilar fundamental de la sociedad, elemento que ya fue analizado con anterioridad como fuente de los derechos constitucionales no enunciados.

Si bien la idea de un Preámbulo cuyo contenido consagrara la filosofía constitucional fue finalmente desechada por la Comisión, ciertas manifestaciones de los elementos expuestos se observan -principalmente- en el actual capítulo primero de la ley fundamental titulado "Bases de la Institucionalidad".

2.3.2.2. Técnica Constitucional

La técnica Constitucional involucra el estudio de aquellos elementos necesarios para la formación de una buena Constitución, esta última, en opinión del profesor Galindo, supone adecuación a la realidad institucional, estabilidad, flexibilidad, fundamentalidad, prudencia, claridad y concisión, entre sus características principales³⁴.

³³ Memorandum aprobado por la Comisión Constituyente con las metas u objetivos fundamentales de la nueva Constitución Política de la Republica inserto en la Sesión N°18 fechada el 26 de Noviembre de 1973.

³⁴ GALINDO B., MANUEL E. Tema N°10: Clases, Formas y Técnicas de la Constitución. Facultad de derecho, Universidad Santa María. [en línea] <<http://derechote.blogspot.com/2012/01/constitucional-tema-10.html>> [fecha consulta: 14 de marzo de 2015].

Como ya fue señalado, la Comisión desarrolló su labor en un momento histórico difícil, en ese contexto, particularmente importante era el tratamiento que se le daría a los derechos fundamentales en la elaboración del anteproyecto, pues urgía honrar la rica tradición chilena en la materia y validar el trabajo de la Comisión ante la opinión pública mundial.

En esa línea, diversos integrantes de la Comisión reiteran algunos documentos internacionales cuyo contenido debería utilizarse como fuente para el capítulo dedicado a la protección de los derechos fundamentales en nuestra Constitución, destacando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), y la Declaración de los Derechos del Niño (Nueva York, 1959).

En cuanto a cómo se ordenarían los derechos fundamentales en el anteproyecto, se acordó que habría un capítulo especialmente destinado para tal efecto, el que contendría disposiciones de carácter general, derechos, deberes y garantías constitucionales, y los mecanismos adecuados para el resguardo y protección de los derechos antes mencionados. Respecto a que derechos en específico debían considerarse, fue expuesta por un sector minoritario del órgano la posición de evitar la pretensión de hacer una revisión, un mejoramiento y un progreso de los aspectos substantivos de las formulaciones de los derechos humanos ya existentes, debido a que ellos habían sido realizados por mentalidades y equipos mundiales que ya habían considerado todos los aspectos posibles (segunda parte sesión n° 83 celebrada el 31 de Octubre de 1974), se habló hasta de limitarse a incluir en el texto constitucional la Carta de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, o la de la Organización de Estados Americanos, para superar toda fraseología al respecto³⁵.

Finalmente primó en el constituyente la voluntad de elaborar un catálogo propio de derechos, con el objeto de esquematizar el debate y honrar la tradición chilena en esta materia, se optó por comenzar analizando uno a uno los derechos contenidos en la

³⁵ Exposición del invitado Sr. Pascal. sobre el Memorándum del proyecto de Constitución Política, inserta en Acta Oficial Comisión Constituyente correspondiente a la sesión N°26 celebrada el 26 de Marzo de 1974

Constitución de 1925. En esta revisión se busca complementar los derechos ya enunciados, y actualizar la carta con aquellos derechos básicos que no aparecieran consignados. La extensión y nivel de especificación del catálogo se debatió largamente, algunos advertían la necesidad de reforzar la apertura de la Constitución en este ámbito, por ejemplo Silva Bascuñan estimaba que si en algunos aspectos se entraba a definiciones muy precisas respecto de problemas que, en cierta manera, se encontraban todavía abiertos a la discusión, podía estratificarse, en cierto grado, ponerse demasiado drástica o poco flexible la Carta Fundamental, y darse lugar a definiciones o preceptos que podrían, por una parte, no estar muy conformes con el avance que se haya experimentado, y, por otro lado, constituirse en verdaderos tropiezos para una evolución más lógica y natural de la situación general del país³⁶. Mientras más se precisa un derecho en la redacción del catálogo más estática se pone la Constitución, atentando contra la deseable flexibilidad, condición estimada como necesaria por la técnica constitucional para la perdurabilidad del instrumento en el tiempo.

Por el contrario, no mencionar un derecho en el texto positivo también tenía riesgos que fueron considerados por el constituyente, en primer lugar significaba, por la mecánica del sistema chileno, que la regulación de los derechos humanos fuera materia de ley, sin limitación de ninguna especie, en segundo lugar la decisión de formular expresamente los derechos, libertades, igualdades e inviolabilidades, colaboraba en la mantención del orden institucional, atendido el apego existente en la cultura jurídica nacional a la ley y al derecho³⁷.

Durante el proceso de modernización del catálogo de derechos fundamentales incluidos en el capítulo, a partir del análisis y revisión de las garantías contenidas en la Constitución del año 1925 y en aquellos documentos internacionales ya mencionados como fuente, se advierte el problema de la actualización de los preceptos constitucionales. El equilibrio que debe existir entre estabilidad y flexibilidad como requisitos de una buena Constitución exige al constituyente contemplar mecanismos que

³⁶ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sesión N°86, celebrada el 12 de Noviembre de 1974.

³⁷ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sesión N°86, celebrada el 12 de Noviembre de 1974.

permitan una Constitución adecuada a la realidad, cuyo catálogo de derechos evolucione junto con la sociedad y sea capaz de responder a la protección de nuevos derechos que eventualmente surgieran a partir del constante progreso humano.

Se dice que la Constitución demanda de quienes participen en su elaboración que estén imbuidos de un espíritu progresista y posean un criterio flexible, de modo de evitar que la norma jurídica que están llamados a crear, adolezca de una rigidez incompatible con las características de una Nación joven y moderna o de una irrealidad que la haga totalmente ajena a nuestra idiosincrasia³⁸.

Soluciones de diversa índole fueron propuestas en la Comisión para enfrentar el problema de la actualización de la parte dogmática de la Constitución, algunos se inclinaban por formular principios doctrinarios en un Preámbulo Constitucional que informará la filosofía inspiradora del instrumento y sirviera de orientación para el desarrollo futuro de nuevos derechos, otros creían en soluciones que dieran fuerza jurídica a esos principios sin necesidad de escriturarlos, pero la opinión mayoritaria se inclinaba por dejar establecido en algún precepto constitucional -integrado a las disposiciones generales de este capítulo- que deben respetarse los derechos esenciales del hombre que arranquen de la naturaleza humana.

La medida, a sabiendas de la imposibilidad material de abarcar todos los derechos fundamentales en un solo catálogo, permitía dejar la Constitución abierta para recoger y afianzar estos nuevos derechos. La iniciativa se tradujo en lo que serían dos artículos del anteproyecto de Nueva Constitución incluidos en el texto previo sujeto a la revisión final de la Comisión.

El artículo 8° señalaba en su inciso primero que “Todo acto o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases o contraria a la dignidad y a los derechos que emanan de la naturaleza humana, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.”, y el artículo 28°, integrante de las disposiciones generales del capítulo de

³⁸ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sesión N°18, celebrada el 22 de Noviembre de 1974.

los derechos y deberes constitucionales, disponía expresamente que “La Constitución asegura el respeto a todo derecho inherente a la persona humana aunque no esté expresamente contemplado en su texto”.

Estos dos artículos consolidaban la voluntad del constituyente en orden a equilibrar la flexibilidad y estabilidad deseables para una Constitución de calidad, y dotaban a la Carta Magna de un mayor grado de fundamentalidad, esta última era entendida por Galindo como aquellos principios fundamentales que debía contener toda Constitución.

Sin embargo estos artículos fueron suprimidos a partir de una serie de argumentos esgrimidos en las últimas sesiones de la Comisión, etapa en la que fue revisada la redacción final del anteproyecto constitucional que finalmente sería presentado al consejo de Estado y a la opinión pública.

2.3.2.2.1. Tipos de Normas Constitucionales

Existen distintos tipos de normas que integran una Constitución, relevante para los efectos de esta investigación es la distinción entre disposiciones declarativas o preceptivas, ya que se esgrimen en el debate de la Comisión Constituyente al momento de analizar la redacción de algunos conceptos básicos ya consensuados para ser integrados al articulado del anteproyecto constitucional.

Las normas declarativas constituyen una proclamación de propósitos y afirmación de principios que sirven como pauta de interpretación e invalidan las normas ordinarias que se les opongan³⁹. En cambio las normas preceptivas pertenecen a aquel tipo de normas que se aplican por sí mismas u operativas, e imponen deberes de acción u omisión concretos.

En la incorporación de ciertos conceptos de alta valorativa, esenciales en la estructura constitucional, como bien común, orden público y buenas costumbres, el constituyente prefiere integrarlos al texto constitucional, mayoritariamente, a través de normas

³⁹ CASTRO P., IVÁN. Clasificación de las normas constitucionales. [en línea] <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Clasificacion_Normas_Constitucionales.pdf> [fecha consulta: 25 julio de 2014]

declarativas, contenidas en el capítulo primero de la Constitución, con la abierta intención, según lo manifestado en la propia Comisión Constituyente, de mantener el criterio fundamental de latitud, para que estos términos tengan el sentido que cada generación les vaya dando, ya que se está elaborando una Constitución que va más allá de quienes trabajan en su confección.

Esto forma un elemento importante para comprender la voluntad del constituyente respecto al desarrollo y reconocimiento de los derechos constitucionales implícitos. Así, por ejemplo, el artículo 1 inciso tercero de la Constitución señala que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común...”. Planteamiento que permite interpretar este precepto como fuente de eventuales derechos fundamentales no enumerados en la Constitución.

2.3.2.3. Eliminación de los Artículos 8° y 28° del Anteproyecto Constitucional

Los artículos 8° y 28° del anteproyecto constitucional fueron eliminados por el constituyente durante el análisis final del articulado del anteproyecto constitucional efectuado durante las últimas siete sesiones de la Comisión (de un total de 417), sin alcanzar consagración en el texto definitivo.

En esta etapa, respecto al artículo 8°, Guzmán manifestó su inquietud por quitar la referencia que este hacía a “la dignidad y a los derechos que emanan de la naturaleza humana”, en razón de que, a su juicio, el artículo redundaba, pues toda concepción de carácter totalitario transgrede y es contraria a la dignidad del hombre y sus derechos.

Anota que, por otra parte, el concepto de “totalitarismo” está arraigado y definido en la conciencia nacional, por lo cual, si se consigna una figura diferente de la de totalitarismo, como es la de una concepción de la sociedad o del Estado que por otra causa puede ser contraria a la dignidad y a los derechos que emanan de la naturaleza humana, se abriría la posibilidad de extender aquel concepto a doctrinas que son legítimas y validas dentro del ordenamiento constitucional chileno. Guzmán refuerza su posición señalando que la Constitución debe responder a los desafíos actuales o

previsibles, pero no a todos los que puedan darse en la humanidad, máxime si lo hace a riesgo de abrir flancos peligrosos⁴⁰.

Fue durante la sesión n°414 en que el Sr. Guzmán formuló indicación para suprimir el Artículo 28 del anteproyecto mencionado, basó su proposición en que el principio ya estaba contenido en el artículo 5 del primer capítulo. Este último precepto dispone que la soberanía reconoce como limitación los derechos que emanan de la naturaleza humana, para Guzmán su consagración adicional sólo podría ser fuente de inconvenientes antes que de ventajas prácticas.

El Sr Ortuzar avala el razonamiento de Guzmán orientado a eliminar el artículo 28°, a través de una premisa que revela como la sombra del quiebre institucional condicionó el trabajo de la Comisión en la consideración de algunos aspectos importantes de la dogmática constitucional, lo que en definitiva alejó al texto final de la pretendida concepción humanista y cristiana del hombre y la sociedad antes destacada. Para Ortuzar en un régimen como el que se conoció (refiriéndose al gobierno de Salvador Allende) el precepto en cuestión podría haberse interpretado en forma demagógica, porque un derecho inherente a la persona humana sería el de vivir con cierta dignidad, lo que muchas veces los Gobiernos no están en condiciones de asegurar, y que ello podría traer consecuencias imprevisibles. Este último argumento resulta particularmente paradójico porque el autor de la indicación advierte lo peligroso que sería este inciso primero del artículo 8, en cuanto podría utilizarse como fuente para interpretar que un derecho inherente a la persona humana sería el de “vivir con cierta dignidad”. Consecuencia que lejos de resultar amenazante concordaría a la perfección con la voluntad del constituyente, ya que el respeto a la dignidad humana conforma un fundamento esencial de la nueva institucionalidad, tal como lo consagra el artículo 1 de la ley suprema, cuyo contenido refleja el “thelos constitucional”.

El señor Bertelsen concuerda con lo expuesto por los integrantes en comento, señalando que la disposición es redundante y declarativa, porque el principio ya está consagrado en el capítulo más general de la Constitución, relativo a las bases de la

⁴⁰ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Tomo IX, p.1003, correspondiente a la Sesión N°411, celebrada el 6 de Septiembre de 1978.

institucionalidad, reafirmando que el precepto en estudio se presta para una interpretación abusiva en lo que dice relación a las aspiraciones insatisfechas, que pretenderán derivarse directamente de la naturaleza humana⁴¹.

El sr. Guzmán cierra su exposición advirtiendo que en virtud del precepto en estudio podría llegar a afirmarse que, como el derecho a la realización personal y a la felicidad es inherente a los individuos, debería existir el divorcio con disolución de vínculo para lograrlo⁴². Previendo los riesgos de la disposición utilizando como ejemplo una institución que hoy es plenamente acogida en el ordenamiento.

A partir de los argumentos vertidos fueron abolidos del anteproyecto constitucional los preceptos que reconocían expresamente el resguardo de la Constitución a todo derecho inherente a la persona humana aun cuando no estuviera explícitamente enunciado en ella, entendiendo el constituyente que este principio ya estaba contemplado en el artículo 5º⁴³ del anteproyecto, en cuanto reconoce a los derechos que emanan de la naturaleza humana como limitantes de la soberanía. De esta manera el constituyente intenta consensuar los temores expuestos en el debate de la Comisión con una protección de los derechos de la naturaleza del hombre coherente a la filosofía constitucional acordada.

2.4. Relación entre algunos Artículos de la Constitución y la identificación, desarrollo y reconocimiento de derechos fundamentales no enunciados.

La gran mayoría de las Constituciones Americanas contienen una cláusula de derechos innominados.

La exclusión de algún artículo que -como el antiguo art. 28⁴⁴- resguardará explícitamente aquellos derechos no enumerados en el instrumento, provocó que una

⁴¹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Tomo IX, p.1088, correspondiente a la Sesión N°411, celebrada el 6 de Septiembre de 1978.

⁴² Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Tomo IX, p.1089, correspondiente a la Sesión N°411, celebrada el 6 de Septiembre de 1978.

⁴³ Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza directamente por el pueblo a través del plebiscito y las elecciones y por las autoridades que la Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni ningún individuo pueden atribuirse su ejercicio.

⁴⁴ Ubicado en las disposiciones generales del capítulo tercero del anteproyecto inserto en la sesión n°414 de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

de las características principales de la filosofía del constituyente -el respeto de los derechos esenciales en cuanto emanan de la dignidad humana y no de su *vigencia normonológica*⁴⁵- no tuviera consagración explícita –y pacífica- en el texto, esto exige mayor diligencia -al operador jurídico- en la identificación y fundamentación de derechos esenciales no enunciados.

En esta parte de la investigación se examinan artículos de la ley fundamental que se vinculan directamente con la problemática de los derechos esenciales implícitos.

La Constitución Política de la República en su capítulo primero –denominado bases de la institucionalidad- contiene un conjunto de valores, principios y fines que irradian todo el ordenamiento constitucional. Estas normas jurídicas deben ser observadas obligatoriamente por el operador jurídico para encauzar su razonamiento interpretativo

2.4.1. Artículo 1 inciso primero.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La ubicación de este precepto no es casual pues contiene el thelos constitucional y consagra la importancia de la dignidad como fuente de derechos fundamentales no enunciados. Esta última idea ha sido desarrollada tanto en doctrina como en jurisprudencia.

La dignidad es definida como la cualidad de digno, y a su vez digno se precisa como merecedor de algo o correspondiente, proporcionado al mérito o condición de alguien o algo⁴⁶.

La dignidad es además la calidad y atributo exclusivo que distingue a la persona por sobre otras especies, siendo principio, causa, justificación y base de los derechos humanos, atributos inherentes e inalienables a su naturaleza. En ella se sostiene y

⁴⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna” en V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ed UNAM, México, 1998, p.98.

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia Española [en línea] <<http://www.rae.es/>> [fecha consulta: 14 de Marzo de 2015]

fundamenta la existencia de un Estado Constitucional. Su configuración jurídica la alza como pieza vital del ordenamiento constitucional para cimentar el orden político y la paz social”⁴⁷.

En referencia a su valoración en doctrina, Nogueira Alcalá dice que la dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que erige la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional, siendo fuente de todos los derechos fundamentales, e irradiando todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma⁴⁸. A mayor abundamiento, y especialmente atinente con los objetos de esta investigación, el profesor Ríos Álvarez señala que la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que pueda llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana⁴⁹.

La jurisprudencia ratifica su importancia en abundantes fallos, así es como el Tribunal Constitucional en sentencia rol N°389 de 2003, considerando número 17, señala que; “Que cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema institucional imperante en Chile, el artículo I inciso primero de la Constitución, el cual dispone que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.” Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”.

Un segundo ejemplo del desarrollo en la jurisprudencia que corrobora nuestro juicio en consideración a que la dignidad es el valor supremo del cual derivan todos los demás derechos humanos, tiene asidero en la sentencia rol N°1348 pronunciada por el Tribunal Constitucional durante el 2009, la cual señala en sus considerando 16° que; “la dilucidación del caso de autos tiene como ineludible referencia a los fundamentos

⁴⁷ ALEXI., ROBERT. Derechos sociales y ponderación. 2ª ed. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p.131.

⁴⁸ NOGUEIRA A., Humberto. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito, fundamentación y caracterización. Revista Ius et Praxis. N°2. Año 2007. p.246.

⁴⁹ NOGUEIRA A., Humberto. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito, fundamentación y caracterización. Revista Ius et Praxis. N°2. Año 2007. p.247.

esenciales del ordenamiento constitucional, cuya cúspide reside en la dignidad de la persona. En tal perspectiva, la jurisprudencia de esta magistratura se ha referido al significado y efecto de tal magnitud que emana del artículo 1º, inciso primero, de la Constitución Política de la República, que la consagra”. Un tercer ejemplo aparece en sentencia Rol N°1.287-2009, resolución en la cual se indicó que la declaración contenida en el artículo primero -Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos- debe entenderse “como el principio matriz del sistema institucional vigente, del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su artículo 19º”

Es entonces vital para la labor del interprete constitucional, entender que al momento de ejercer su función debe ceñirse al cumplimiento de este principio rector, como así también lo corrobora la sentencia rol N° 19-1989 del Tribunal Constitucional, que en su considerando 9º, en referencia al artículo primero de la Carta Magna señala que este “refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al interprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”.

A mayor abundamiento, el verbo nacer en presente indicativo –nacen- devela que para el constituyente la norma jurídica no crea los derechos esenciales o humanos, su labor, tal como lo advierte Nogueira, está en reconocerlos y asegurarlos, convirtiéndolos en una obligación jurídica objeto de garantía y promoción⁵⁰.

En razón de lo expuesto, resulta protagónico el cometido que ocupa la dignidad al momento de analizar el desarrollo de los derechos constitucionales implícitos en nuestro ordenamiento.

La dignidad, como valor absoluto y supremo de la Carta Magna, exige al intérprete sostener una adecuada argumentación que permita justificar la consideración de

⁵⁰ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. Revista Lus et Praxis, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 19 de Diciembre de 2014]

aquellos derechos que si bien no están enunciados de manera expresa, derivan de la dignidad inherente a todo ser humano.

2.4.2. Artículo 1 inciso cuarto.- 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.

Este inciso fija la finalidad del Estado y determina el cauce que deben seguir todas sus acciones, principios y mecanismos. El Estado está al servicio del hombre y del bien común.

El profesor Humberto Nogueira –a propósito de este inciso- señala que la persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el Poder Público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales⁵¹.

El bien común y los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana son dos conceptos íntimamente ligados, por cuanto la promoción del bien común implica inexorablemente el respeto de estos derechos, aceptar algo distinto significaría desvirtuar el objeto –servir a la persona humana- y fundamento principal del Estado.

2.4.3. Artículo 5 inciso segundo.- El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

⁵¹ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 19 de Diciembre de 2014]

Según el inciso primero de este artículo la soberanía reside esencialmente en la nación, y su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la Constitución establece. Es decir –el inciso primero- reconoce al instrumento constitucional el valor de determinar los mecanismos para ejercer la soberanía, pero el inciso segundo admite la existencia de un tope a este ejercicio ubicado fuera del texto.

La elección del constituyente no fue antojadiza, la referencia a cualquier otro documento de derechos humanos como limitación al ejercicio de la soberanía, fuera de los vicios conocidos –ningún catálogo puede formularse como definitivo– implicaba, en palabras del constituyente: ajustarse a una manifestación de voluntad de un conjunto, muy respetable, de ciudadanos que puede haber omitido algunos derechos o considerando algunos equivocadamente y que incluso posteriormente puede ser reformada. En cambio, la naturaleza humana es algo muy superior, que no la han creado los hombres, que la transmiten, pero no la pueden modificar.⁵²

En razón de lo expuesto hay que entender que para la Comisión de Estudio el inciso segundo del artículo 5 de su anteproyecto que establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana”, debe interpretarse necesariamente en el sentido de que “la Constitución asegura el respeto a todo derecho inherente a la persona humana, aunque no esté expresamente contemplado en su texto”⁵³. Para el profesor Humberto Nogueira en esta parte del artículo quinto la Constitución explicita un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales, lo que da lugar a un catálogo de derechos abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del

⁵²Consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución correspondiente a la sesión n° 54 celebrada el 16 de Julio de 1974.

⁵³ VARAS ALFONSO, PAULINO, «El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución», XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo a diciembre, 1993.

desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano⁵⁴.

La parte final de este artículo –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- fue introducida por la reforma constitucional de 1989⁵⁵. Esta modificación consigna -para el Estado- obligaciones de respeto y promoción de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana. El Estado ya no acota su labor a la observancia pasiva y resguardo a posteriori -de ciertos derechos enumerados en un catálogo determinado- pues promover implica una actitud activa encaminada al impulso y fomento de los derechos en cuestión.

La obligación de “promover” los derechos, asumida por la Carta Fundamental chilena establece el deber para los órganos del Estado y los poderes públicos de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que ellos representan, aún en el caso de que no exista una pretensión subjetiva⁵⁶.

La parte final de este inciso –incorporado en la reforma de 1989- además de reforzar la protección constitucional de los derechos humanos, consolida el desarrollo de un bloque constitucional –integrado por derechos asegurados formalmente en la Carta Magna y derechos y garantías contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes- y reconoce en la propia Constitución la existencia de otros derechos humanos no considerados en ella, maximizando el plexo de derechos y garantías fundamentales.

⁵⁴ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. Revista *lus et Praxis*, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 15 de Enero de 2015]

⁵⁵ Ley N° 18.825

⁵⁶ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. Revista *lus et Praxis*, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 21 de Diciembre de 2014]

A propósito de lo señalado en este inciso y en conexión con lo expuesto sobre las reglas de interpretación aplicables en esta materia, particularmente según los principios “pro-homine”, de “progresividad”, y de “retroalimentación recíproca” –entre el derecho nacional y el derecho internacional de derechos humanos- la labor del operador jurídico no se limita a un ejercicio interpretativo –encontrar el sentido-, debiendo ahora integrar aquellos derechos consagrados en tratados internacionales que pudieran ser más favorables para la persona humana. Esto además obliga a observar en instrumentos internacionales –ratificados y vigentes- cualquier referencia a la existencia de derechos fundamentales implícitos, especial importancia al respecto tiene el artículo 29° letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, este señala que *ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.*

La aplicación directa y efectiva de este artículo –29° C.A.D.H- en nuestro ordenamiento habría permitido subsanar la supresión de la cláusula contenida en el antiguo artículo 28° durante la revisión final del anteproyecto. Esta utilidad se encuentra constreñida por tres causas. En primer lugar por la histórica discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro sistema. En segundo lugar la carencia -en el derecho procesal constitucional chileno- de una acción tendiente a impugnar resoluciones emitidas por tribunales ordinarios superiores chilenos que vulneren los derechos fundamentales. Tal como lo advierte Nogueira, en Chile no existe un recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional⁵⁷. Por último, en tercer lugar –a pesar de que se le reconoce a la Corte Interamericana de derechos humanos una función jurisdiccional vinculante- el derecho a recurrir a la jurisdicción internacional se reserva el en ordenamiento chileno exclusivamente para los casos en que el derecho a la jurisdicción (Art. 19 N°3 de la Constitución en armonía con el artículo 8° de la

⁵⁷ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 21 de Diciembre de 2014]

C.A.D.H) no existe o los procedimientos no son idóneos o efectivos, o ellos ya se hayan agotado⁵⁸.

⁵⁸ NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. Revista Lus et Praxis, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext> [consulta: 21 de Diciembre de 2014]

CAPITULO III: EXAMEN DE APLICACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

3.1. Introducción

Con el objeto de analizar exhaustivamente el desarrollo jurisprudencial de los derechos Constitucionales implícitos, en una primera etapa se realizó la búsqueda de sentencias referidas a la materia en cuestión, la revisión -de fuentes directas e indirectas pudo advertir la escasa acogida que tienen este tipo de derechos en la magistratura constitucional. Seis casos fueron seleccionados para ser expuestos en esta investigación, pues en opinión del suscrito representan de mejor forma la conceptualización de los derechos fundamentales innominados en la jurisprudencia nacional.

Buscando facilitar la comprensión de lo expuesto, las conclusiones de lo analizado se describirán utilizando como referencia un modelo de ficha técnica en el cual serán considerados sólo los aspectos referentes a la materia objeto de esta investigación. Se omitirán voluntariamente cuestiones alusivas a otros contenidos.

Este formato contendrá (a) los cuerpos legales y los artículos o principios citados en razón del cual se fundamenta el derecho implícito; (b) un breve resumen de los sucesos que configuran el conflicto; (c) la historia procesal del caso; (d) los principales argumentos esgrimidos por cada una de las partes; (e) un examen de los considerandos relevantes de las sentencias que tuvieron relación con la materia; (f) la determinación del órgano jurisdiccional; y, (g) las conclusiones.

3.2. ANALISIS DE SENTENCIAS

3.2.1. Caso N° 1

Leyes y artículos citados:		
Ley	Artículo / Principio	
Constitución Política de la República	1 inciso 4°	
	5 inciso 2°	
	19 N°12 y 26	

Temas Clave:		
Tema Clave	Tribunal	Considerando
Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo	Tribunal Constitucional	15°, 16°, 19°, 21° a 24°

A) Hechos

El Tribunal Constitucional, a solicitud de un grupo de diputados, y en ejercicio del control preventivo de constitucionalidad, revisó un proyecto de ley referente a la libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo.

El proyecto fue impugnado, en el primer capítulo de la infracción constitucional, por intentar, a través de una norma de rango legal contenida en el art.1° inciso tercero del proyecto de ley, consagrar un derecho esencial a ser informado, extralimitándose en el

ejercicio de la función legislativa. Además, el proyecto violentaría las normas constitucionales alusivas a las libertades de opinión e información.

El resto de los capítulos planteados por los requirentes aluden a preceptos del proyecto ajenos al objeto de esta investigación, y se omiten voluntariamente por las razones ya expresadas en la introducción de este capítulo.

B) Historia Procesal

Requerimiento de Constitucionalidad

Tribunal: Tribunal Constitucional

Requirentes: 34 miembros en ejercicio de la Cámara de diputados

Fecha de Ingreso: 2 de Octubre de 1995

Rol: 226-95

C) Relación Tribunal

C.1. Argumentos requirentes:

El proyecto de ley vulnera la Constitución debido a que pretende instaurar derechos constitucionales que no pueden ser creados por vía legal.

El proyecto intenta consagrar en la legislación dos derechos fundamentales que la Constitución no consulta: El derecho a la información y el derecho a aclaración o rectificación frente a la omisión. En relación al primero, el Art. 1º inciso tercero del proyecto establece que: “Igualmente, se reconoce el derecho de las personas a estar debidamente informadas sobre las distintas expresiones culturales, sociales, o políticas existentes en la sociedad”. No corresponde su regulación legal ya que no existe disposición constitucional que lo haya establecido, y no resiste recepción de este al interior del Art. 19 N°12, precepto que sólo consagra el derecho de emitir opinión e informar.

Con respecto al derecho de rectificación, el artículo 19º N°12 inciso tercero de la Constitución acota su ejercicio a toda persona natural o jurídica que haya sido ofendida

o injustamente aludida en algún medio de comunicación, otorgándole el derecho a que su declaración o rectificación sea difundida gratuitamente en el mismo medio, bajo las condiciones que la ley determine. La Constitución dispone como un requisito de existencia del derecho que la persona haya sido ofendida o injustamente aludida, no bastando con la mera omisión, como señala el proyecto.

Esta situación vulnera los derechos constitucionales de quienes han ejercido el derecho a fundar, editar y mantener medios de comunicación social, especialmente la libertad de emitir opinión y de informar, además de la igualdad ante la ley, libertad de conciencia, , libertad de trabajo, igualdad en la repartición de tributos y cargas públicas, derecho a ejercer cualquier actividad económica sin discriminaciones arbitrarias, derecho de propiedad, y el derecho que protege las creaciones intelectuales. Además, este atentado contra los derechos constitucionales mencionados se efectúa a través de una norma de rango legal, cuestión que la Constitución previene en su Art. 19 N°26, al consagrar que; “La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

C.2. Argumentos Presidente de la República:

No aplica.

C.3. Argumentos Presidente Cámara de Diputados:

El presidente de la Cámara de Diputados solicita el rechazo del requerimiento, señala que exigir la enunciación constitucional expresa del derecho a la información atenta contra los principios hermenéuticos esenciales de la ley fundamental, debido a que, el derecho a ser informado se encuentra inserto en el de informar como un presupuesto esencial e indisoluble.

Un segundo argumento se sostiene en el artículo 1° de la Constitución, en este se disponen los deberes del Estado, a saber: promoción del bien común, realización de la persona humana, y participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Estas obligaciones para ser ejecutadas requieren inevitablemente del derecho pleno a una debida información.

C.4. Argumentos Senado:

No aplica.

D) Resolución

Que la historia fidedigna del Art. 19 N°12 -manifestada en las Actas del Anteproyecto Constitucional elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución- revela que; “La Constitución asegura el derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional⁵⁹”

Que aun cuando en el texto definitivo de la Constitución no fue enunciado directamente el derecho a recibir información, éste forma parte natural y se encuentra implícito en las libertades de opinión e información, porque de nada sirven estas libertades si no tienen destinatarios reales. Para sostener este razonamiento el tribunal se apoya en la doctrina de connotados autores nacionales, quienes al desarrollar el derecho a informar y opinar dispuesto en el Art.19 N°12, manifiestan que: “Tres son los aspectos que contiene esta garantía: el derecho a emitir opinión –facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree-; la libertad de información, para hacer partícipe a los demás de esa opinión, se presenta como un complemento de aquella; y, por último, el derecho a recibir información, que, como se explicará, queda comprendido bajo el concepto de libertad de información.⁶⁰”

Que este derecho a ser informado que enuncia expresamente el proyecto de ley en cuestión, nace una vez conferida la información por los medios de comunicación, no pudiéndose obligar a persona o medio alguno a entregar la información previamente,

⁵⁹ Acta Constitucional N°3 de los derechos y deberes constitucionales. DL 1552 publicado en el Diario Oficial el 13 de Septiembre de 1976

⁶⁰ VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio., NOGUEIRA., Humberto. Derecho Constitucional, Tomo I, 2ª. Ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1997. P. 255.

esto último además de atentar contra la autonomía de los grupos intermedios, vulneraría la libertad de informar y opinar sin censura previa.

Que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la Republica establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, por tanto se reconoce que los hombres son titulares de derechos por el solo hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de protección constitucional. Así es como en la Constitución de 1925 no se encontraba expresamente consagrado el “derecho a la vida”, derecho que no fue objetado en sede doctrinaria o jurisprudencial, se reputó como implícito por ser un presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos enunciados.

Que en razón de lo mencionado, y respetando las consideraciones respecto a que el derecho señalado en el proyecto de ley para que las personas reciban información, nace solamente una vez que esta última haya sido proporcionada por los medios de comunicación, se rechaza el requerimiento respecto del artículo 1° inciso tercero del proyecto, estableciéndose que la disposición requerida no vulnera el texto constitucional.

E) Conclusiones

La construcción de un “derecho a recibir información” se efectúa a propósito de la libertad de expresión, manifestada –por ejemplo- en las libertades de opinión e información, cuyo reconocimiento constitucional expreso se ubica en el artículo 19 n°12 de la Constitución.

El Tribunal, a partir de los antecedentes históricos del precepto citado, contenidos en el Acta Constitucional n°3 y en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, rescata la importancia que le asignó el constituyente al derecho a recibir información como elemento consustancial a las libertades de opinión e información, ya que la existencia de un destinatario real es un presupuesto esencial en el ejercicio de las libertades y derechos antes mencionados.

El redescubrimiento de la importancia otorgada al receptor de la información por el constituyente original y la evolución de este concepto han participado en la configuración de un derecho fundamental implícito y autónomo basado en el resguardo constitucional efectuado a propósito de la libertad de expresión.

Otro elemento integrado por el operador jurídico en la identificación del derecho fundamental a recibir información es el reconocimiento que el constituyente realiza a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza en el inciso segundo del artículo 5°, evocando al hombre como titular de derechos inherentes a su condición, y sujeto de merecida protección constitucional.

Según la clasificación enunciada durante el primer capítulo, el derecho a recibir información corresponde a aquel patrón de derechos fundamentales innominados inferidos de otro derecho rubricado en la Constitución. Específicamente del tipo que aclaran el contenido y alcance del derecho explicitado en el texto.

3.2.2. Caso N°2

Leyes y artículos citados:	
Ley	Artículo / Principio
Constitución Política de la República	19 n°3
	76

Temas Clave:		
Tema Clave	Tribunal	Considerando
Derecho a la tutela judicial efectiva	Tribunal Constitucional	Undécimo

A) Hechos

El Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, fue requerido por el alcalde de la Municipalidad de La Ligua para pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 238 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) y 32 inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante LOCM). El primero de ellos dispone que cuando se trata del cumplimiento de sentencias -no comprendidas en los artículos anteriores- corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio. El segundo precepto en examen determina que la ejecución de toda sentencia que condene a una Municipalidad se efectuará mediante la dictación de un decreto alcaldicio.

Con todo, tratándose de resoluciones recaídas en juicios que ordenen el pago de deudas por parte de una Municipalidad o Corporación Municipal, y correspondiere aplicar la medida de arresto prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta sólo procederá respecto del alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio.

Esta declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se presenta para que surta efectos en un proceso pendiente sobre cumplimiento de sentencia laboral radicado en el juzgado de cobranza laboral y previsional de la Liga, proveniente de resolución emitida en el juzgado laboral de la Liga que condenó a la municipalidad al pago de \$28.854.522 por concepto de indemnizaciones y demás prestaciones laborales a favor de Luz Olivares, ex docente del departamento de administración de educación de la municipalidad.

B) Historia Procesal

B.1. Demanda Laboral

Tribunal: Juzgado Laboral de la Liga

Demandante: Luz Olivares Godoy

Demandado: Rodrigo Sánchez Villalobos, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de La Liga

Acción: Despido injustificado

Fecha de Ingreso: Sin información

Rol: Sin información

Año: 2011

Decisión: Se condena al municipio al pago de \$28.854.522 por concepto de indemnizaciones y prestaciones laborales

B.2. Cumplimiento Sentencia

Tribunal: Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de La Liga

Rol N° C-3-2012

Resolución: Aún pendiente el procedimiento de cobranza, el órgano jurisdiccional resolvió que ninguno de los decretos alcaldicios acreditados daba cumplimiento a la

sentencia condenatoria, debido a que no ordenaban el pago efectivo requerido, instruyendo sólo la satisfacción parcial y a plazo de la deuda laboral. En razón de ello, el tribunal despacha orden de arresto –por 5 días- en contra del alcalde requerido.

B.3. Segunda Instancia

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso

Acción: Recurso Reposición con Apelación en subsidio contra resolución de arresto despachada por el juzgado de cobranza laboral y previsional de la Ligua.

Decisión: Confirmada

Fecha: 25 de Marzo de 2013

B.4. Declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Tribunal: Tribunal Constitucional

Fecha de Ingreso: 27 de Marzo de 2013

Rol: 2432-13

C) Relación Tribunal Constitucional

C.1. Argumentos requirente:

No aplica

C.2. Argumentos requerido:

La petición de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos mencionados se fundamenta principalmente en que el alcalde habría hecho todo lo que estaba de su parte –dictar decreto alcaldicio que ordene el pago- para dar cumplimiento a la obligación dispuesta en la sentencia laboral, y que los apremios legales previstos se contemplan sólo para aquellos casos de que el alcalde no hubiera cumplido con la emisión del decreto municipal respectivo.

Que las Municipalidades tiene un régimen especial de ejecución de las sentencias judiciales ejecutoriadas, la obligación referente al pago de una prestación pecuniaria - contenida en la sentencia laboral en comento- es una obligación de dar que se transforma en una obligación de hacer cuyo cumplimiento se verifica al momento de

emitir el decreto alcaldicio. Exigir al alcalde el pago de dinero en efectivo, habiendo ya dictado el decreto municipal, además de aplicar erróneamente las disposiciones objetadas fuera de las hipótesis dispuestas para su legitimidad, vulneraría los artículos 6º, 7º -principio de legalidad-, 19 N°1º -derecho a la vida y a la integridad física y psíquica- y 19 N°7 de la CPR y el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos –derecho a la libertad personal-, además del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

C.3. Argumentos Presidente de la República:

No aplica.

C.4. Argumentos Presidente Cámara de Diputados:

No aplica.

C.5. Argumentos Senado:

No aplica.

D) Resolución

Que efectivamente las Municipalidades tienen un régimen especial de cumplimiento de las sentencias judiciales ejecutoriadas, este se justifica a partir del privilegio general de inembargabilidad, prerrogativa que abarca tanto los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios, como los dineros municipales depositados en cuentas corrientes o a plazo.

Que, en esta misma línea de pensamiento, no cabe sino entender que cada vez que se condene al Estado -en sentido amplio- al cumplimiento forzado de una obligación monetaria de dar, y atendido que los bienes públicos son inembargables por regla general, en base a la especialidad del procedimiento de ejecución pertinente, esa obligación de dar se transforma en obligación de hacer, la cual consiste en la suscripción del acto administrativo que ordena hacer efectivo el pago.

Que la conexión de los principios de legalidad presupuestaria y servicialidad –Art. 1° CPR- justifica el privilegio procesal de inembargabilidad. Esto en la medida que el embargo y remate supondría un gasto no previsto en el presupuesto o no sujeto al procedimiento establecido para su ejecución, con lo que se afectarían la estructura y ejecución presupuestarias, y el respeto al debido funcionamiento de los servicios públicos, habida consideración de que los bienes y derechos de la Administración están directamente vinculados al cumplimiento de ciertos fines específicos consagrados en el inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental.

Este privilegio procesal de inembargabilidad no es absoluto para un sector importante de la doctrina, quienes sostienen que la constitucionalidad del precepto está condicionada a no dejar en la indefensión a aquellos particulares que busquen legítimamente la satisfacción de sus créditos civiles, debiendo otorgarles otras formas alternativas de ejecución.

En esta perspectiva, si bien la declaración legislativa de determinados bienes municipales como inembargables puede apreciarse como constitucional, tal aproximación debe guardar proporcionalidad con la finalidad de protección de los valores constitucionales, porque de otro modo chocaría con el **derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que incluye también el derecho a que las resoluciones judiciales sean cumplidas.**

Finalmente, el tribunal realiza una ponderación de los valores constitucionales en conflicto, específicamente entre la continuidad del servicio público mediante el privilegio de inembargabilidad, y la eficacia de las resoluciones judiciales por medio del apremio personal al alcalde, si fuere necesario, en virtud de lo cual declara que la inaplicabilidad reclamada es desproporcionada, porque impediría, en el caso de prosperar, toda opción de cumplimiento forzado o ejecutivo de una obligación civil-laboral de la Municipalidad de La Ligua, judicialmente establecida; y que la posibilidad legal de llegar a apremiar al Alcalde por una deuda corporativa municipal, resulta razonable, prudente y concordante con el modelo de responsabilidad concebido por el constituyente y desarrollado por el

legislador, rechazando el requerimiento por esta y otras consideraciones ajenas al objeto de esta investigación.

E) Conclusiones

Es en el razonamiento expuesto a propósito del juicio de proporcionalidad realizado por la magistratura, entre el privilegio procesal de inembargabilidad de ciertos bienes municipales y los valores constitucionales aludidos en la solicitud de los requirentes, que el operador jurídico identifica y reconoce un derecho fundamental implícito a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos: “si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no está reconocido en forma explícita en el texto de la Carta, tanto la doctrina como la jurisprudencia de este propio Tribunal lo entienden implícito en su artículo 19, N°3°, que contempla la opción de todas las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos (STC roles N°s 1470, considerando 9°; 1356, considerando 9°; 1418, considerando 9°; 1535, considerandos 18° y 25°, entre muchas otras). En íntima relación con ese precepto, el artículo 76 incluye, dentro de lo que constituye la esencia de la jurisdicción –y consecuentemente del derecho a la acción, como integrante inescindible de su contenido-, la facultad del Poder Judicial de “conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”.

La importancia de esta sentencia en materia de derechos constitucionales innominados radica en la construcción realizada por el Tribunal Constitucional de un derecho a la tutela judicial efectiva, configurado como derecho autónomo nacido a partir de la evolución del contenido del artículo 19 n°3 de la Constitución en conexión con el artículo 76 del mismo cuerpo legal.

Es necesario pormenorizar la estructura de los artículos aludidos por el tribunal para comprender la construcción jurídica efectuada.

El artículo 19 n°3 ubicado en el capítulo III de la Constitución -titulado “DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES”- consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas, para ello garantiza a todo individuo

el derecho a defensa jurídica, y desarrolla los elementos de un debido proceso junto con los requisitos consustanciales de un procedimiento racional y justo.

El artículo 76, ubicado en el capítulo VI de la Constitución denominado “PODER JUDICIAL”, se refiere a otro aspecto de la jurisdicción más relacionado con la parte orgánica de su función, concediendo en su inciso primero la facultad de conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley para tal efecto. Esto se entera en doctrina como los momentos jurisdiccionales o etapas de la jurisdicción: conocimiento, decisión e imperio. En virtud del inciso tercero del artículo 76 de la Constitución los Tribunales Ordinarios de justicia y los especiales que integren el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren

Es a propósito de la etapa de imperio donde se reconoce el derecho fundamental implícito a una tutela judicial efectiva, por cuanto es en ese momento jurisdiccional cuando el tribunal ejerce el poder coercitivo inherente a su función jurisdiccional -según lo estipulado en el propio artículo 76- en virtud del cual tiene la facultad de hacer cumplir lo resuelto. El Tribunal Constitucional estima que en el conflicto sometido a su decisión, para que la calificación de inembargabilidad se encuadre en la hipótesis prevenida por el legislador y ajustada a la Constitución, debe guardar proporcionalidad con la “finalidad de protección de valores constitucionales”, al interior de este último concepto el Tribunal Constitucional ubica un derecho fundamental implícito a la tutela judicial efectiva desarrollado a partir de la especificación y evolución de lo señalado en el art 19 n°3 en interacción con el artículo 76 y los valores constitucionales.

Según la clasificación expuesta durante el primer capítulo, el derecho –fundamental e implícito- a una tutela judicial efectiva ofrece en su construcción una mixtura particular, pues además de inferirse desde la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos -contenida en el art. 19 n°3 de la Constitución- identificándose un derecho autónomo a partir de otro rubricado en la Carta, también se fundamenta en principios o fines constitucionales que se concretizan en la identificación de este nuevo derecho.

3.2.3. Caso N°3

Leyes y artículos citados:		
Ley	Artículo / Principio	
Constitución Política de la República	7 incisos 2° y 3°	
	38 inciso 1°	
	82 n°1	

Temas Clave:		
Tema Clave	Tribunal	Considerando
Derecho a la Carrera Funcionaria en la Administración del Estado	Tribunal Constitucional	

A) Hechos

El Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones sobre control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación, analizó la constitucionalidad de un proyecto de ley, enviado por la Cámara de Diputados y aprobado por el Congreso Nacional, que consagraba normas relativas a la carrera docente y concedía un aumento en las remuneraciones del personal no docente de establecimientos educacionales administrados por municipalidades, otorgándole a la autoridad administrativa municipal, en el artículo 7° del proyecto, la potestad de determinar un sistema de promoción del referido personal. El conflicto constitucional se produce porque este proyecto alude a una materia cuya regulación ha sido reservada a una ley orgánica constitucional, a partir de lo señalado en el artículo 38 inciso primero

de la ley fundamental, el proyecto en comento pretendía delegar en las municipalidades la potestad de determinar las reglas y mecanismos de promoción del personal, materia reservada e indelegable encomendada al legislador.

B) Historia Procesal

Control de Constitucionalidad

Tribunal: Tribunal Constitucional

Fecha de Ingreso: 26 de Junio de 1996

Rol: 239-96

C) Relación Tribunal

C.1. Argumentos requirentes:

No aplica.

C.2. Argumentos Presidente de la República:

No aplica.

C.3. Argumentos Presidente Cámara de Diputados:

No aplica.

C.4. Argumentos Senado:

No aplica.

D) Resolución

Que el proyecto en cuestión determina que las Municipalidades, a través de un acto administrativo, definirán sistemas de promoción funcionaria para el personal no docente.

Que conforme a lo establecido en el artículo 38 inciso primero de la Constitución; la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico profesional en que deba fundarse

serán determinadas por Ley Orgánica Constitucional. No se permite remitirla a autoridad administrativa ni delegarla en reglamento alguno.

Que la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales corresponde a un principio general y básico del Derecho Chileno, garantía reconocida expresamente en la Constitución. No pudiendo esta regulación afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Que la ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575 y la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N°18.695 han regulado la carrera funcionaria, existiendo normas legales de aplicación.

Que en razón de lo expuesto, las disposiciones contenidas en el Artículo 7 del proyecto remitido son inconstitucionales

E) Conclusiones

En esta causa se realiza un reconocimiento al derecho fundamental a la carrera funcionaria, derecho cuya peculiaridad principal radica en que su titular debe ser necesariamente un funcionario público.

El derecho a la carrera funcionaria no se encuentra enunciado explícitamente en la Constitución, pero requiere para ser operativo la concurrencia de cuatro elementos dispuestos en la propia Carta Magna –art.38 inciso primero- que configuran la carrera funcionaria, a saber: estabilidad, en la función o empleo; respeto, a reglas del ascenso y posibilidad de ser ascendido; calificación de desempeño; y capacitación o perfeccionamiento. La regulación de esta garantía, según mandato constitucional, es materia reservada de una ley orgánica constitucional.

En este caso, la Constitución en el capítulo IV titulado “GOBIERNO” -sobre bases generales de la administración del Estado- junto con encargar la regulación de la organización básica de la Administración pública a una ley orgánica constitucional

describe ciertas condiciones y características que el constituyente entiende como de observancia obligatoria para el legislador en esta materia.

El operador recoge estos elementos e interpreta que conforman un derecho fundamental innominado cuyo contenido mínimo se compone de los elementos que el constituyente instituyó como referencias obligatorias para el legislador –orgánico constitucional- encargado de la regulación de esta materia.

Conforme a la clasificación revelada durante el primer capítulo de esta investigación, el derecho –esencial e innominado- a la carrera funcionaria en la Administración del Estado se infiere de un precepto ya enunciado, aclarando el contenido implícito y los alcances del derecho.

3.2.4. Caso N°4

Leyes y artículos citados:		
Ley	Artículo / Principio	
Constitución Política de la República	8°	
LOC de Bases Generales de la Administración del Estado.	13° inciso undécimo	
Temas Clave:		
Tema Clave	Tribunal	Considerando
Derecho de acceso a la información pública	Tribunal Constitucional	9°

A) Hechos

El conflicto constitucional se vincula a un caso radicado en el Primer Juzgado Civil de Valparaíso sobre acceso a la información pública. En él, los representantes de una empresa nacional elaboradora de mascarillas, ampliamente utilizadas en procesos mineros, solicitan a la Dirección Nacional de Aduanas información referente a la valoración aduanera de mercancías importadas por empresas trasnacionales del mismo rubro, considerando las asimetrías de precios que habían observado entre el producto nacional y el importado.

La decisión del tribunal de primera instancia fue apelada por la parte demandante. En segunda instancia se decretó una medida para mejor resolver, en virtud de la cual el

Tribunal Constitucional conoció del asunto, resolviendo el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del conflicto suscitado entre el artículo 13° de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1/19.653 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y el nuevo texto del artículo 8° de la Constitución, fijado por la Ley 20.050 de 26 de Agosto de 2005.

El artículo cuestionado, dispone una causal de reserva de acceso a la información pública, vinculada a intereses de terceros, que faculta a la autoridad, para denegar de oficio, por resolución fundada, la entrega de la información solicitada que pudiera afectar sensiblemente tales intereses.

B. Historia Procesal

B.1. Demanda

Demandante: Carlos Casas Cordero y Otros

Acción: Amparo de acceso e información pública

Materia: Procedimiento especial ley 18.575

Fecha de Ingreso: 9 de Noviembre de 2005

Rol: 3326-05

B.2. Contestación demanda

Demandado: Director nacional de aduanas

Excepción: Cosa juzgada

Fecha: 7 de Diciembre de 2005

B.3. Primera Instancia

Tribunal: Primer juzgado civil de Valparaíso

Decisión: Se acoge el recurso de amparo de acceso interpuesto

Fecha: 31 de Julio de 2006

B.4. Segunda Instancia

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso

Recurso: Recurso de Apelación

Decisión: Se revoca la sentencia apelada y se rechaza el recurso de amparo de acceso interpuesto.

Rol: N°2336-06

Fecha: 29 de Agosto de 2007

B.5. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Tribunal: Tribunal Constitucional

Fecha: 9 de Agosto de 2007

Rol: N°634-2007

Requiere: Corte de Apelaciones de Valparaíso

B.6. Corte Suprema

Recurso: Recurso de Queja

Decisión: Rechaza recurso de queja

Rol: 4744-2007

C) Relación Tribunal Constitucional

C.1. Argumentos Casas Cordero y Otros:

Que el artículo 8° de la Constitución Política de la Republica, consagra la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de los fundamentos y procedimientos que utilicen. Determinando que sólo una ley de quorum calificado podrá establecer el secreto o reserva de esto, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Que el artículo 5° de la Constitución vinculado con el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la información como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, incorporándose al bloque constitucional que protege la libertad de expresión. En razón de lo cual, las limitaciones

que se le impongan, deben establecerse en consideración al principio de proporcionalidad.

Que la denegación del acceso a la información establecido en la disposición legal, se fundamenta en el interés de terceros, debiendo declararse como incompatible con lo expresado en el artículo 8° de la Constitución, por cuanto estas restricciones deben basarse exclusivamente en los motivos señalados en el inciso segundo del citado precepto constitucional, a saber; debido funcionamiento de los órganos requeridos, derechos de las personas, seguridad o interés nacional, además de ser precisadas por una ley de quorum calificado. En el caso en cuestión, la restricción no cumple con ninguno de los requisitos mencionados.

Que la restricción legal del derecho en comento infringe la garantía N°26 del Artículo 19° de la Constitución, en cuanto establece *que la seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

La expresión “interés de terceros” contenida en el artículo en comento de la ley 18.575 es vaga y excesivamente amplia, e incumple la exigencia de precisión requerida por la Carta Magna para la restricción de cualquier derecho fundamental, reduciendo su ejercicio desproporcionadamente y entregando una excesiva discrecionalidad al jefe de servicio respectivo, sujeta sólo a un eventual control en sede jurisdiccional.

C.2. Argumentos Director Nacional de Aduanas:

Que, como cuestión previa, el requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso debe declararse inadmisibile por incumplir el requisito establecido en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución – que el precepto impugnado resulte decisivo para la resolución del asunto en cuestión- pues existen otras normas aplicables al caso concreto, como el artículo 6° de la Ordenanza de Aduanas y el artículo 10 del

Acuerdo de Valoración de la Organización Mundial de Comercio, las cuales además reafirman el carácter reservado de la información solicitada.

Que, sin perjuicio de lo señalado, no existe contradicción material entre el artículo 13 de la Ley N° 18.575 y el artículo 8° de la Constitución, exceptuando su inciso final, que faculta específicamente a la autoridad administrativa para establecer el secreto o reserva de la información requerida a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, manteniéndose en consecuencia, por aplicación de la disposición cuarta transitoria de la Constitución, vigente la causal que según el propio artículo 13° autoriza a denegar la entrega de información por afección sensible de los derechos o intereses de terceras personas.

Que la información expuesta fue obtenida por el Servicio en ejercicio de sus facultades especiales de control, y su entrega supone vulnerar derechos o intereses de terceros sujetos a tal revisión.

D) Resolución

Que, verificándose la concurrencia de los requisitos establecidos en el ordenamiento, se desecha la cuestión previa planteada por el Servicio y se entra a la cuestión de fondo expuesta por la Corte requirente.

Que el derecho a la información pública cuenta con reconocimiento constitucional en nuestro país, en primer lugar, por ser Chile una república democrática, tal como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política.

Que el derecho a acceder a las informaciones que se encuentran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N°12 de la Carta fundamental, la libertad de opinión según este propio Tribunal incluye “el derecho a recibir informaciones”. Que, así también lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Declaración de Principios de Octubre de 2000, donde precisa que: “Sin esta información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la

libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Principio N°19).

Que el artículo 8° de la Constitución, introducido por la reforma constitucional de 2005, consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

Que, conforme a la naturaleza del derecho de acceso a la información pública reconocido implícitamente en la Constitución, la propia ley fundamental le ha reservado exclusivamente a una ley de quorum calificado la precisión del contenido y configuración de aquellas causales de secreto o reserva que pueden restringir el principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, respecto a las situaciones ya contempladas en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, es decir; debido funcionamiento de los órganos requeridos, derechos de las personas, seguridad o interés nacional.

Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido, en cuanto al inciso undécimo del artículo 13 de la Ley 18.575, que señala que el jefe superior del órgano requerido puede, por resolución fundada, denegar el acceso a la información solicitada cuando afecte sensiblemente el interés de terceros.

E) Conclusiones

El Tribunal Constitucional reconoce en esta resolución un derecho constitucional implícito de acceso a la información pública construido a través de un razonamiento cuya fundamentación radica principalmente en los arts. 4°, 8° y 19° n°12 de Constitución Política de la República.

El artículo 4° de la Constitución señala que Chile es una república democrática, esta manifestación de voluntad del constituyente permite, en opinión del tribunal, inferir que la publicidad se encuentra implícita en esta declaración. Este razonamiento se apoya con un antecedente histórico aportado durante la discusión parlamentaria del citado precepto, a saber: “respecto a la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que

Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos [...].”

El artículo 19 n°12 de la Constitución resguarda la libertad de expresión, en opinión del tribunal, el derecho de acceso a la información pública estaría comprendido en la amplitud de este concepto.

Fundamenta refuerza la idea expuesta con dos argumentos, primero, a saber: lo determinado por la jurisprudencia de este mismo tribunal en sentencia⁶¹ que reconoció un derecho constitucional -implícito y autónomo- a recibir informaciones contenido en el mismo numeral 12, y segundo: una declaración de principios efectuada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos que destaca la importancia de la entrega de información para el ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión como mecanismo efectivo de participación ciudadana en una sociedad democrática.

Respecto al primer argumento esgrimido por el tribunal, en opinión del suscrito, es errada la analogía efectuada al reconocimiento del derecho a recibir información, debido a que en la misma resolución en que se configura ese derecho su existencia es condicionada a la entrega previa de la información efectuada por los medios, sin esa acción el derecho aún no nace ni es exigible para su titular. No es posible entonces sostener una correlación estricta entre el reconocimiento al derecho de acceso a la información pública y el derecho a recibir informaciones, cuando este último tiene –según el propio tribunal- un requisito de existencia particular que lo diferencia insalvablemente del primero.

El reformado⁶² artículo 8° de la Constitución consagra los principios de probidad, transparencia y publicidad, en los actos y resoluciones de los órganos del Estado, elementos que para el tribunal refuerzan el derecho de acceso a la información pública.

⁶¹ TC 236-96

⁶² LEY N° 20.050 Art. 1° N° 3 D.O. 26.08.2005

Esta construcción también ofrece una mixtura que desafía la clasificación tradicional de derechos constitucionales implícitos incluida en el primer capítulo de esta investigación. Tenemos que, a partir del ejercicio hermenéutico que rescata elementos contenido en tres artículos de la ley fundamental, con especial consideración de la calidad de República Democrática de Chile, el amplio desarrollo conceptual de la libertad de expresión, y la reforma constitucional de 2005 en cuanto explicita los principios de probidad, publicidad y transparencia que informan el ordenamiento (especialmente en lo referente al actuar del Estado), se construye por el operador jurídico un derecho constitucional autónomo e innominado de acceso a la información pública.

3.2.5. Caso N°5

Leyes y artículos citados:		
Ley	Artículo / Principio	
Constitución Política de la República	Artículo 19 N° 4 y N° 24°	
Código Civil	2331, 2314, 2329	

Temas Clave:		
Tema Clave	Tribunal	Considerando
Derecho a la propia imagen	Tribunal Constitucional	12°, 16°

A) Hechos

Los hechos que configuran el conflicto principal se refieren a la errónea inclusión de un médico cirujano como profesor de un programa de postgrado impartido por la Universidad de Valparaíso. El requirente reclamó responsabilidad extracontractual en sede civil, exigiendo indemnización de perjuicios por daño moral a la Universidad, originado en el uso indebido del nombre sin autorización.

En el marco de este procedimiento se deduce por el actor un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional, respecto a la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en aquella parte que limita el derecho a demandar indemnización pecuniaria sólo para los casos en que se pruebe daño emergente o lucro cesante.

B) Historia Procesal

B.1. Demanda

Demandante: Eduardo Becerra Márquez

Fecha de Ingreso: Sin información

Rol: 4573-2011

B.2. Contestación demanda

Demandado: Universidad de Valparaíso

Excepción: Sin información

Fecha: Sin información

B.3. Primera Instancia

Tribunal: 4° juzgado civil de Valparaíso

Estado: Suspendida

Fecha: Sin información

B.4. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Tribunal: Tribunal Constitucional

Fecha ingreso: 30 de Abril de 2013

Rol: N°2454-2013

Requirente: Eduardo Becerra Márquez

C) Relación Tribunal Constitucional

C.1. Argumentos Requirente:

Que la norma impugnada ha sido invocada por el demandado como alegación en su contestación, por lo que tiene incidencia decisiva en la resolución del asunto y de ser aplicada generaría efectos inconstitucionales.

Que el artículo 2331 del Código Civil dispone que; “Las imputaciones injuriosas contra el honor y el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse

en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.

Que se impugna la aplicación de este precepto en la gestión *sub lite* en lo que atiende a limitar la indemnización de perjuicios a priori y sin fundamento razonable sólo para los casos en que se pruebe daño emergente o lucro cesante, atentando contra la Constitución en sus los artículos 1°, incisos primero y tercero –dignidad- en relación a los artículos 5° y 6° -principios de responsabilidad y servicialidad del Estado-, 19 n°2° -igualdad ante la ley-, 19 n°4 –honra y honor-, 19 n°26 –responsabilidad y reparación total del daño-.

C.2. Argumentos Fiscal General de la Universidad de Valparaíso:

Que el requerimiento no fundamenta razonable y claramente la forma en que la aplicación del artículo impugnado produce en el caso concreto efectos contrarios a la Constitución.

Que el rango constitucional del derecho al honor no implica que sea de su esencia un correlativo derecho a reparación pecuniaria total y sin límite legal. Que, en efecto, la extensión de la indemnización esta entregada a la ley.

Que el art. 2331 tiene un doble fundamento de justificación y racionalidad: en primer lugar, por la necesidad de asegurar otro derecho fundamental como es la libertad de opinión e información, y en segundo lugar para evitar los abusos en la litigación.

D) Resolución

Que el caso de la especie no trata de un asunto de injurias, sino de una cuestión distinta, cual es el uso o utilización no consentida del nombre para efectos publicitarios, deteriorando la reputación profesional del requirente. En consecuencia, no podría rechazarse la acción indemnizatoria por la improcedencia legal de la indemnización del daño moral producto de una injuria, puesto que la utilización indebida tiene otro marco regulatorio legal y constitucional.

Que para estos casos la doctrina ha considerado que debe hacerse efectiva la responsabilidad. Basta invocar como fundamentos legales los artículos 2314⁶³ y 2329⁶⁴ del Código Civil. Así las cosas, la norma del artículo 2331 del Código Civil en riesgo no es decisoria Litis y, por ende, la cuestión de su inaplicabilidad, en la especie, es más aparente que real.

Que, son múltiples las fuentes legales de responsabilidad civil derivadas del hecho de usar comercialmente el nombre de otra persona natural, sin su consentimiento o autorización. Pero, es dable destacar, en esta sede, que los fundamentos constitucionales de ello no se encuentran en la protección de la honra como bien jurídico, sino en lo que se ha venido a llamar el “**derecho a la propia imagen**” en una de sus múltiples manifestaciones, cual es la protección del nombre.

Que el derecho a la propia imagen, a veces se funda en el artículo 19° n° 14 de la Constitución, como una especial forma de propiedad, y, en otras ocasiones, se apoya en el “bloque de la vida privada”, bajo la forma del “derecho a no ser molestado” (“the right not to be disturbed”) o del “derecho a estar solo” (“the right to be alone”) de los que se habla en la doctrina anglosajona.

Que por consiguiente el requerimiento debe ser rechazado, toda vez que el asunto sub lite no tiene que ver con injurias y la eventual responsabilidad civil derivada de ellas, por daños de cualquiera especie, tópico al que se refiere la disposición legal del artículo 2331 del Código Civil, impugnada en autos. Tal norma, atendido el desarrollo precedente, resulta impertinente y no decisoria Litis si se considera la verdadera naturaleza y alcances constitucionales del asunto debatido.

⁶³ El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

⁶⁴ Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

E) Conclusiones

Los ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad enarbolaron un concepto de derecho fundamental a la propia imagen cuya vulneración sería fuente legal de responsabilidad civil. Para ellos la protección del nombre es sólo una de las múltiples manifestaciones de este derecho.

En la exposición de este derecho, el sector de la magistratura mencionado, se basa principalmente en aportes doctrinarios y en la escasa jurisprudencia al respecto. En doctrina son destacados en la resolución los aportes de Christian Suarez y Humberto Nogueira⁶⁵, en cuanto a la identificación, contenido y desarrollo de este derecho.

Suarez advierte la errónea utilización del numeral 4° del artículo 19 de la Constitución –protección de la vida privada y honra de las personas y su familia- como una especie de bolsón general para incluir todo derecho no subsumible en otro numeral, en su opinión existe un verdadero “bloque de constitucionalidad de los derechos de la vida privada”, cuyo contenido comprende, a saber: el derecho a la vida privada propiamente tal, el derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a la propia imagen. Señala el autor en comentario que el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la materia en Chile ha sido escaso, y su utilización proviene de las necesidades originadas por el excesivo pragmatismo del recurso de protección en nuestro ordenamiento, cuyo carácter meramente cautelar dificulta el amparo de nuevos derechos e incide en la utilización de criterios casuísticos diversos y contradictorios.

Nogueira conceptualiza el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, identificable y separable del derecho al honor y del derecho a la protección de la vida privada⁶⁶. Destaca como un elemento del derecho el poder de decisión sobre el uso de la imagen sin el consentimiento de la persona, para el autor se trata de una esfera de

⁶⁵ Nogueira Alcalá, Humberto: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, en: Revista *Ius et Praxis*, año 13, N°2, p. 265.

⁶⁶ Nogueira Alcalá, Humberto: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, en: Revista *Ius et Praxis*, año 13, N°2, p. 265.

libre determinación, privada y derivada de la dignidad humana (la persona es un fin en sí misma y no un medio).

A propósito de los aportes de Suarez y Nogueira, se aluden en la sentencia algunos fallos relacionados con el derecho a la imagen que han sido mencionados por estos mismos autores, a saber;

- Caso Walker Cerda (Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de septiembre de 1984, en: RDJ T81, pp. 238-240), en donde se admite la noción de uso de nombre como posible afectación de la propia imagen, aunque en concreto se rechaza la acción.
- Caso de Caszely con Salo Editores Limitada (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 1982, en: RCHD, UC, Vol. 9, pp. 368 y ss.), en donde se usó sin consentimiento una fotografía y el nombre del futbolista, para la edición de un álbum, entendiéndose así afectado el derecho a la propia imagen.
- Caso de la “droga éxtasis”, en donde se asoció publicitariamente el consumo de esta droga a la imagen de una joven sin ninguna relación con la temática, afectándola en su fama y nombre en su círculo social (RDJ, año 2003, N° 1, sección III, pp. 49-52).
- Caso del tenista Fernando González, en recurso de protección seguido contra VTR Banda Ancha S.A. y VTR Global Com S.A., en donde se realizó publicidad con diversas fotografías suyas, sin su autorización, resolviendo la Corte Suprema que: “...la persona de que se trata es ampliamente conocida, y su fama y prestigio han sido laboriosamente conseguidos a través de su propio esfuerzo individual, en este caso en el terreno deportivo-tenístico y, por consiguiente, el uso de ilustraciones en que ella aparezca tendrá ciertamente una

decisiva influencia en el público consumidor, a favor del anunciante, quien de esta manera usufructúa del beneficio económico que de tal situación se deriva, en perjuicio del recurrente”. (Corte Suprema de Justicia de Chile, 11 de agosto de 2003, rol N° 3479-2003).

- Caso del conocido futbolista Iván Zamorano, en acción de protección dirigida contra VTR Global Com S.A., en donde la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “...el nombre y la imagen del individuo, como atributos de la personalidad, no han podido ser utilizados como en este caso sin el consentimiento previo y expreso de su titular, ni tampoco en provecho y beneficio exclusivo de un tercero no facultado por la ley para ello.”(Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de mayo de 2003, rol N° 1009-2003).

En cuanto a los fundamentos constitucionales del derecho a la imagen utilizados, el tribunal alude al artículo 19 n°24 de la Constitución como una especial forma de propiedad y al bloque constitucional de la vida privada ya mencionado. También refiere a la ley de propiedad industrial como fuente legal de propiedad civil derivada del hecho de usar comercialmente el nombre de otra persona natural, sin su consentimiento o autorización.

La construcción del derecho a la propia imagen desarrollada en esta resolución recoge fundamentos jurisprudenciales, doctrinarios, legales y constitucionales.

A modo de síntesis, y rescatando los elementos expuestos por el operador jurídico a propósito de las manifestaciones del derecho a la propia imagen reconocidas en jurisprudencia y doctrina, podría definirse el derecho a la propia imagen como aquel derecho autónomo derivado de la dignidad humana que protege ciertos atributos de la personalidad pertenecientes a la esfera privada del individuo y referidos principalmente a su aspecto o representación frente a otras personas, como nombre, fama, fotografías o prestigio, limitando su utilización al poder de decisión personal de cada sujeto manifestado en un consentimiento expreso en tal sentido.

3.2.6. Caso N°6

Leyes y artículos citados:		
Ley	Artículo / Principio	
Constitución Política de la República	1, 5, 19 n°4	
Código Civil	206	
Ley N°19.585	5° transitorio	
Temas Clave:		
Tema Clave	Tribunal	Considerando
Derecho a la identidad	Tribunal Constitucional	

A) Hechos

El conflicto de constitucionalidad nace a partir de un requerimiento efectuado por juez de familia para el pronunciamiento del tribunal respecto a la aplicación de los artículos 206 del Código Civil –Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podría dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte, o si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad- y 5° transitorio de la Ley N°19.585⁶⁷ -específicamente en cuanto no puede

⁶⁷ “Los plazos para impugnar, desconocer o reclamar la filiación, paternidad o maternidad, o para repudiar un reconocimiento o legitimación por subsiguiente matrimonio, que hubieren comenzado a correr conforme a las disposiciones que esta ley deroga o modifica se sujetarán en su duración a aquellas

reclamarse paternidad o maternidad respecto a personas fallecidas con anterioridad a esta ley- en una causa sobre reclamación de filiación interpuesta por una madre en favor de su hijo menor de edad en contra de los herederos -cónyuge sobreviviente e hijo- del presunto padre del menor, fallecido en 1996, sin haber reconocido a su presunto hijo, que tenía 8 meses de edad a la época del fallecimiento. La aplicación de esos artículos a la causa en comento implicaría el rechazo de la demanda, vulnerando los derechos a la identidad y a la igualdad ante la ley del menor representado.

La demanda fue presentada 16 años después de la muerte del supuesto padre.

B) Historia Procesal

B.1. Demanda

Demandante: Donicia Flores Matamala

Acción: Demanda de reclamación de paternidad

Materia: Familia

Fecha de Ingreso: 19 de Noviembre de 2012

Rol: C-226-2012

B.2. Contestación demanda

Demandado: María Isabel Vargas Cicarelli y Raúl Vergara Varas

Excepción: Falta de Legitimación Pasiva

disposiciones, pero la titularidad y la forma en que deben ejercerse esas acciones o derechos se regirá por la presente ley.

Los plazos a que se refiere el inciso anterior que no hubieren comenzado a correr, aunque digan relación con hijos nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley. Se ajustarán a la nueva legislación.

No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Pero podrán interponerse las acciones contempladas en los artículos 206 y 207 del Código Civil dentro del plazo de un año, contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, siempre que no haya habido sentencia judicial ejecutoriada que rechace la pretensión de paternidad o maternidad. En este caso, la declaración de paternidad o maternidad producirá efectos patrimoniales a futuro y no podrá perjudicar derechos adquiridos con anterioridad por terceros.”

Fecha: Sin información

B.3. Primera Instancia

Tribunal: Juzgado de Letras y Familia de Pitrufquén

Estado: Suspendido

Fecha: Sin información

B.4. Pronunciamiento respecto a inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Tribunal: Tribunal Constitucional

Fecha ingreso: 22 de Enero de 2013

Rol: 2408-13

Requirente: Milena Anselmo Cartes, Jueza Subrogante del Juzgado de Letras y Familia de Pitrufquén

C) Relación Tribunal Constitucional

C.1. Argumentos Requirente:

La aplicación estricta de los artículos sometidos a pronunciamiento del tribunal implica declarar la demanda improcedente, lo que atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por Chile, y el derecho a la identidad, este último faculta a de todo individuo a conocer sus orígenes filiativos, y se expresa en los siguientes artículos:

- Artículo 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Artículo 5.1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- Artículo 18° de la Convención Americana de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

- Artículo 16” Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos: Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Artículo 17.1 del mismo pacto precedente: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Todos a su vez vinculados con el artículo 5^{o68} de la Constitución Política de la Republica.

C.2. Argumentos Demandante (Donicia Flores Matamala).

Que el derecho a conocer la identidad biológica es un derecho humano fundamental conforme al –ya citado- artículo 18° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 7^{o69} –todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y a obtener una nacionalidad- y 8^{o70} -es obligación del Estado proteger y, si es necesario reestablecer la identidad del niño, si éste hubiera sido privado en parte o en todo de la misma- de la Convención sobre los derechos del niño.

⁶⁸ La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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

⁶⁹ 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

⁷⁰ 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Que la aplicación de los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio de la Ley N°19.585, en la gestión sub-lite, contradice el N°2 del Artículo 19 de la Constitución al establecer una discriminación arbitraria e injustificada que infringe la igualdad ante la ley.

Solicita que se acoja la inaplicabilidad de los artículos cuestionados para poder determinar judicialmente la filiación del menor y ejercer el derecho esencial a conocer su identidad.

D) Resolución

En la votación efectuada en el Tribunal Constitucional existió un empate de votos, rechazándose el requerimiento de inconstitucionalidad por no concurrir el quorum exigido, entre los integrantes que estuvieron por declarar la inaplicabilidad solicitada se destacan los siguiente argumentos atinentes al derecho a la identidad sometido a consideración.

Los argumentos esgrimidos para acoger el requerimiento de inaplicabilidad se fundamentaron en la infracción del principio de igualdad ante la ley –Art. 19 N°2 CPR- y el derecho a la identidad, protegido en base a lo expresado en el inciso segundo del Artículo 5° en concordancia con los artículos 3°, 5°, y 18° de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A mayor abundamiento, respecto al reproche del artículo 206 del Código Civil, se recuerdan pronunciamientos anteriores de esta misma Magistratura que ya lo declararon inaplicable en situaciones similares por contravenir el derecho a la igualdad ante la ley. También se destaca que los requisitos y las restricciones al derecho a reclamar la filiación que establece este artículo importan exigencias que lo limitan injustificadamente, generando diferencias innecesarias, arbitrarias y poco idóneas para obtener la finalidad que podría perseguir la norma impugnada en orden a proteger la tranquilidad de los herederos frente a demandas infundadas o tendenciosas.

Lo mismo respecto a la aplicación del artículo 5° transitorio de la ley N°19.585 que introduciría una diferencia de trato injustificada y carente de razonabilidad, a la luz de los bienes jurídicos en juego, a saber: la protección de la tranquilidad del supuesto padre y sus herederos frente al derecho que toda persona tiene de reclamar su filiación. Para el sector que voto por acoger el requerimiento, esta diferencia de trato llega a anular la posibilidad de ejercer un derecho esencial, como es el reconocimiento de la filiación, concluyendo que la aplicación del artículo 5° transitorio de la Ley N°19.585, en su inciso final también vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

En cuanto al detalle de la argumentación utilizada en esta construcción normativa, la magistratura señala que la reclamación de la filiación constituye un derecho desde la perspectiva de posibilitar el legítimo ejercicio de las facultades que conlleva tal calidad. Pero, también, constituye un derecho desde el momento en que permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal que esta Magistratura ya ha definido como aquel que “implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a ser cuidada por ellos”. Ha agregado que “la estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece.” (STC Rol N° 1340, considerando 10°). Este razonamiento resulta coincidente con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, en la que sostuvo que “tal derecho (a la identidad) comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según sea el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”. (Considerando 122).

Respecto al carácter de derecho esencial que emana de la naturaleza humana del derecho a la identidad personal –comprometido en el ejercicio de las acciones de

reclamación de la filiación- se considera que no puede ponerse en duda. Desde luego, porque este mismo Tribunal ha sostenido que “esta última expresión (que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) significa que los hombres son titulares de derechos por el hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.” (STC Rol N° 226, considerando 25°). Asimismo, porque no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad, lo que no puede limitarse a la sola inscripción del nombre y apellidos de una persona en el registro correspondiente.

De esta forma, y aun cuando se sostuviera que el reconocimiento del derecho a la identidad personal no encuentra sustento en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque no lo mencionan en forma expresa, igualmente habría que reconocer que el ejercicio de la soberanía –que se ejerce, por ejemplo, en la función legislativa-, se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como es el caso del derecho a la identidad personal.

Precisamente ése es el sentido de lo afirmado por esta Magistratura en orden a que “aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.” (STC roles N°s 834, considerando 22°, y 1340, considerando 9°).

Se menciona en la resolución otro aporte de esta Magistratura en la materia, específicamente cuando sostuvo que ha que: “En el caso del hijo que, como ocurre en la especie, está reclamando el reconocimiento de su filiación, aunque no se encuentre dentro de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil a juicio del juez de

la causa, se encontraría en la imposibilidad de accionar contra los herederos del supuesto padre, viéndose privado absolutamente de la facultad de ejercer su derecho a la identidad personal, afectándose, además y de forma permanente, su integridad física y su honra. En efecto, si -como en el caso de autos- el supuesto padre ha fallecido después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad. Esa hipótesis podría darse efectivamente en el caso sub lite en caso (sic) que el juez estimase, precisamente, que el actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado.” (STC Rol N° 1340, considerando 25°).

Sobre la construcción de un derecho a la propia identidad en el caso de autos, puede afirmarse –para aquellos que estuvieron por acoger el recurso- que constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en base a lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, inciso segundo -en conexión con los artículos 3°, 5°, y 18° de la CIDH, 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- y 19° N° 4, de la Ley Suprema, constituyendo un deber para los órganos del Estado respetarlo y promoverlo.

E) Conclusiones

Hubo un empate en la votación del acuerdo en el Tribunal Constitucional, con lo cual se rechazó el requerimiento, pero tanto en los votos de los integrantes del Tribunal que estuvieron por declarar la inaplicabilidad, como en los argumentos esgrimidos por el requirente y la demandante, se vislumbra la construcción y el reconocimiento de un derecho fundamental a la identidad que estaría implícito en nuestra Carta Magna.

La argumentación en virtud de la cual se reconoce un derecho esencial a la identidad se fundamenta en tres ejes centrales: resoluciones anteriores de la propia Magistratura, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los artículos 1°, 5° y 19°n°4 de la Constitución.

El artículo 1° de la Constitución es mencionado debido a que se vincula el derecho a la identidad con la dignidad, siendo consustancial a esta última el reconocimiento a toda persona natural del goce de conocer su origen.

El artículo 5° de la Constitución interviene en la fundamentación en dos aspectos, primero al considerar el derecho a la identidad como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana y limita la soberanía -en opinión de la magistratura no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad- y segundo, al ampliar el catálogo de derechos del ordenamiento chileno a través de la recepción de los derechos y garantías contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile, como el derecho a la identidad.

El artículo 19°n°4 de la Constitución, que resguarda el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, es considerado en la fundamentación debido a que una de las características principales del derecho a la identidad se relaciona con la posibilidad que otorga de individualizarse en la sociedad.

Respecto a los aportes jurisprudenciales citados por la Magistratura, estos permiten el rescate de ciertos elementos que se repiten en los extractos ya mencionados, a partir de los cuales puede elaborarse un concepto de derecho a la identidad que recoja las diferentes definiciones, pudiendo precisarse como aquel “conjunto de atributos y características que emanan de la naturaleza humana y permiten la individualización de cada persona en la sociedad, se expresa a través de la facultad conocer los orígenes biológicos, de gozar y tener nombre propio, nacionalidad, derecho a ser inscrito, relaciones de familia y varios otros derechos atingentes, según sea el sujeto de que se trate y las circunstancias del caso, con el objeto de que cada persona pueda reafirmar su propio yo y conocer su origen”.

La construcción normativa de la Magistratura no permite encuadrar en alguna de las categorías expuestas en el primer capítulo a propósito de la clasificación tradicional de derechos constitucionales implícitos.

CONCLUSIONES

La investigación desarrollada permitió examinar la situación de los derechos constitucionales implícitos en Chile, a partir de lo cual se determina que no existe jurisprudencia que acredite la recepción de una teoría de los derechos fundamentales implícitos en la Magistratura constitucional, la cantidad de casos que consagran la protección de un derecho de este carácter son escasos y carecen de criterios similares y sostenibles en el tiempo que nos faculten a proclamar con propiedad la acogida de este ideario en nuestra actividad jurisprudencial.

Las causas de este rechazo son variadas, se expondrán en esta parte de la investigación las limitaciones que justifican la escasa acogida de los derechos constitucionales innominados en la magistratura nacional.

Las dos primeras limitaciones se extraen del proceso de revisión de la voluntad de la constituyente -expresada en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución-, momento en el que se destacaron dos planteamientos que inciden en la reflexión actual: la filosofía y la técnica constitucional.

Respecto a la filosofía constitucional, es indudable que el constituyente cree en la existencia de derechos esenciales, provenientes de la naturaleza humana, y merecedores de la mayor protección constitucional aun cuando no hayan sido escriturados en instrumento alguno. Para el resguardo de esta lógica, el anteproyecto constitucional -inserto en la sesión n°414 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución- contenía en su artículo 28°, una cláusula de apertura del plexo de derechos y garantías explicitados en la Carta Magna, en los siguientes términos: “La Constitución asegura el respeto a todo derecho inherente a la persona humana aunque no esté expresamente contemplado en su texto”.

En el examen de los antecedentes históricos de la Constitución, particularmente a propósito de la revisión de las Actas de la Comisión de Estudio, contenido en el segundo

capítulo de esta investigación, se efectuó un breve análisis que permite sostener la falta de una discusión profunda que haya precedido a la decisión de eliminar el importante artículo en cuestión.

Lo negativo de esta determinación es que dejó a la Constitución sin una cláusula que reconozca explícitamente, y sin lugar a interpretaciones, derechos no enunciados en el instrumento. Además le habría otorgado mayor coherencia al documento respecto a la concepción humanista y cristiana del hombre que, según la voluntad del propio constituyente, inspira la totalidad de la carta. **La decisión de eliminar este artículo se identifica como el primer factor que limita la recepción de este tipo de derechos en la Magistratura Constitucional.**

En cuanto a la técnica constitucional empleada, específicamente en lo referido a la formulación intencional de normas laxas, produjo –lejos de los objetivos esperados– vacíos y ambigüedades que complican la labor interpretativa del juez constitucional, llevándolo a extremos más cercanos a la construcción normativa que a la interpretación judicial propia de sus competencias. Es en este tránsito desde el ejercicio hermenéutico hacia la construcción normativa⁷¹, donde aparece el **segundo factor limitante del desarrollo de los derechos constitucionales implícitos en nuestro ordenamiento, la labor del Tribunal Constitucional debe sujetarse al ejercicio de las atribuciones establecidas en la propia carta** -artículo 93 de la Constitución- ninguna de las cuales se relaciona con la construcción normativa, reservada estrictamente para dos órganos colegisladores –Congreso Nacional y Presidente de la República- según mandato de la propia Constitución. Lo contrario –aceptar que el Tribunal Constitucional construya normas que agreguen nuevos derechos fundamentales- violentaría los principios de legalidad y competencia consagrados en los artículos 6 y 7 de la ley suprema.

⁷¹ CANDIA F., GONZALO. Analizando la tesis de los derechos implícitos. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad del tribunal constitucional rol n°2.408-2013 de 6 de Marzo de 2014. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100017&script=sci_arttext>

Un tercer factor deriva de la poca legitimación social del Tribunal Constitucional, uno de los argumentos favorables a la recepción de derechos fundamentales implícitos es que a través de ella la labor del operador jurídico permitiría una mejor conexión entre la Constitución y las expectativas de la ciudadanía. En el caso chileno este raciocinio se dificulta porque periódicamente surgen, en doctrina y opinión pública, serios cuestionamientos respecto a los mecanismos de selección de los integrantes del máximo tribunal, quienes últimamente han sido acusados de ser elegidos en procesos poco transparentes, excesivamente politizados, y excluyentes de la participación ciudadana. Un órgano constituido de esta forma no parece coherente con la importante labor que se le asigna, ni idóneo para una sociedad democrática, y puede vulnerar el artículo 4° de la Constitución –Chile es una república democrática-. En la estructura actual, una aceptación mayoritaria de derechos no enunciados en la Constitución significaría, además de la contradicción de los preceptos constitucionales ya mencionados, potenciar –indebidamente- el rol de este tribunal y aceptar que se transforme en un nuevo colegislador, al margen de la Constitución e inapropiado para una república que se declara democrática.

Es el profesor Candía, quien a propósito de un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol N° 2.408-2013, advierte que el Tribunal Constitucional–ocasionalmente- se extrapola en sus atribuciones, pasando desde un ejercicio hermenéutico, propio de sus funciones, hacia una construcción normativa absolutamente contraria a los mecanismos definidos en la propia Constitución para modificar el catálogo de derechos y garantías de la ley suprema. **Estos procedimientos de reforma a la Constitución -capítulo XV- definen requisitos estrictos que constituyen el cuarto factor** que limita el reconocimiento de nuevos derechos esenciales no enunciados en la Constitución. En conexión con lo descrito, Candía previene que “generalmente, los jueces no indican que ellos crean derechos al momento de incluir nuevas pretensiones al catálogo de garantías constitucionales. Ellos saben que eso significaría infringir gravemente la ley fundamental poniendo en juego la legitimidad democrática de su decisión. Es por eso que, a nivel comparado, cuando las

cortes crean derechos modificando el texto o la práctica constitucional, ellos argumentan siempre estar interpretando fielmente el texto de la carta fundamental”⁷².

Una **quinta limitación proviene de la redacción y de la forma en que se ha aplicado el artículo 5 de la Constitución**. El escaso desarrollo de los derechos constitucionales implícitos en nuestro ordenamiento encuentra en este precepto uno de los fundamentos más repetidos por el operador jurídico para justificar el reconocimiento de este tipo de derechos.

En el inciso segundo de este artículo el constituyente limita el ejercicio de la soberanía al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Elevando estos derechos a un rango supraconstitucional y reconociéndolos como preexistentes e independientes a cualquier intento de escrituración definitiva, inferencia incuestionable puesto que la labor del constituyente y del legislador son sólo algunas formas en que se expresa el ejercicio de la soberanía. La observancia obligatoria de los derechos dispuestos en este precepto parecen restringirse sólo a quienes ejercen la soberanía, generando incertidumbre respecto al efecto vinculante que tendría en la regulación de otras relaciones.

El deber de promoción de estos derechos también se circunscribe sólo respecto a los órganos del Estado. La plena recepción de los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile –lo que abre la puerta a artículos contenidos en dichos documentos que reconocen los derechos fundamentales implícitos, como el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos- establecida en la parte final de este inciso, pudo resultar un factor de consideración más relevante en el reconocimiento de un mayor número de derechos implícitos en la Constitución, pero su incidencia se ha visto restringida por los criterios contradictorios en doctrina y

⁷²CANDIA F., GONZALO. Analizando la tesis de los derechos implícitos. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad del tribunal constitucional rol n°2.408-2013 de 6 de Marzo de 2014. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100017&script=sci_arttext>

jurisprudencia sobre el rango jerárquico de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento.

Una sexta limitación se origina en la falta de una acción de amparo general de derechos constitucionales. La obligación de protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana establecida en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución se concreta en el derecho procesal constitucional chileno de forma poco satisfactoria.

Sobre los medios judiciales existentes en nuestro derecho interno destinados a la protección de los derechos fundamentales, el profesor Nogueira recuerda la distinción realizada por Fix Zamudio, entre remedios procesales específicos, que los resguardan de manera directa y con efectos reparadores -acciones o recursos de reclamación de nacionalidad, indemnización por error judicial, de protección y de amparo-, remedios procesales complementarios, que se utilizan para sancionar la violación de ellos, cuando esta ya se ha producido -acusación constitucional o la responsabilidad extracontractual del Estado y sus agentes- y remedios procesales indirectos, que se configuran para la protección de los derechos de carácter ordinario (procesos civiles, penales, laborales, administrativos, etc.). El mismo Nogueira advierte la carencia en nuestra legislación de una acción o recurso procesal para impugnar vulneraciones a los derechos fundamentales efectuados por tribunales ordinarios superiores de justicia y la falta de un recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional⁷³.

No existe en el ordenamiento chileno una acción constitucional que otorgue protección directa a la generalidad de los derechos fundamentales y permita responder de mejor forma al mandato constitucional del inciso segundo del artículo 5° que exige la protección de los derechos que provengan de la naturaleza humana, el escaso desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia el reconocimiento de derechos no enunciados en la Constitución responde, en parte, a la falta de un recurso de este tipo.

⁷³ NOGUEIRA., HUMBERTO. "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". Revista *Ius et Praxis*, vol. 9, no. 1, 2003.

El recurso de amparo tal como está conceptualizado en la Constitución tiene un carácter meramente cautelar y un pragmatismo excesivo que restringe su potencial aporte al reconocimiento de nuevos derechos.

A modo de síntesis, los factores que han limitado el desarrollo de los derechos fundamentales no enunciados en la magistratura nacional son:

- i. Eliminación Artículo 28 del anteproyecto constitucional
- ii. Artículo 93 de la Constitución que señala taxativamente las atribuciones del Tribunal Constitucional en conexión con los principios de legalidad y competencia de los artículos 6 y 7 del mismo instrumento.
- iii. Escasa legitimación del Tribunal Constitucional
- iv. Estrictos mecanismos de reforma constitucional contenidos en la propia ley suprema.
- v. Redacción y aplicación jurisprudencial artículo 5º de la Constitución.
- vi. Falta de una acción de amparo general de derechos constitucionales.

En opinión del suscrito, la escasa evolución de los derechos implícitos en nuestra jurisprudencia se circunscribe a un número poco significativo de creaciones normativas sin criterios comunes ni sostenidos en el tiempo, basados fundamentalmente en la amplitud de algunos conceptos constitucionales interpretados extensivamente. Ya se advierte en doctrina la excesiva y forzada remisión a elementos como dignidad u honra para intentar fundamentar cualquier apariencia de “nuevo derecho”.

Las otras escasas manifestaciones de reconocimiento de derechos fundamentales implícitos en la Constitución se refieren a vacíos normativos integrados por la magistratura a través de normas consignadas en tratados internacionales, ejercicio condicionado por la filosofía del operador jurídico respecto a la jerarquía de los tratados internacionales frente a la Constitución.

Esta falta de un reconocimiento mayoritario de derechos implícitos tiene dos consecuencias virtuosas para el orden jurídico interno que pueden excusar tal rechazo.

En primer lugar, un plexo de derechos y garantías acotado otorga seguridad jurídica⁷⁴, entendiéndola como predictibilidad en las consecuencias jurídicas de los actos o conductas personales. El conjunto de sujetos obligados al respeto de los derechos enunciados en la Constitución tienen certidumbre respecto al contenido que deben observar.

Una segunda virtud de la estructura actual es colaborar en la mantención del equilibrio institucional. La posibilidad de que el Tribunal Constitucional tuviera la atribución, amplia e incondicional, de proclamar nuevos derechos fundamentales no incluidos por el constituyente, dotaría a este órgano, ya cuestionado por la falta de participación ciudadana en su conformación, de un poder supraconstitucional ajeno a la tradición jurídica nacional y a los principios básicos de la Carta Magna.

En atención al nuevo proceso constituyente que se ha anunciado, parece oportuno sugerir algunas consideraciones que podrían mantener las virtudes mencionadas – seguridad jurídica y equilibrio institucional- pero otorgar algún mecanismo constitucional de actualización de los derechos fundamentales no enunciados en el catálogo constitucional, que permita la configuración de un instrumento activo, concordante con el pulso de la sociedad y preparado para los desafíos venideros.

Una primera alternativa viable es utilizar el ejemplo de otros países que han incorporado en la Constitución una cláusula que sujeta el reconocimiento de nuevos derechos a ciertos parámetros. Fuera de los cuales no podría justificarse la configuración de otro “nuevo derecho”. Esta solución entrega una herramienta de orientación al intérprete para aclarar preceptos confusos e integrar eventuales vacíos, y valida un mecanismo de actualización del catálogo de derechos constitucionales implícitos basado en la actividad jurisprudencial. La aplicación de esta alternativa debe ir necesariamente unida a la adopción de cambios que doten al Tribunal Constitucional de mayor representatividad, virtuosismo y legitimación ciudadana, requisitos congruentes con una república democrática y con la trascendencia de la función encomendada.

⁷⁴ OLIVER C., GUILLERMO. Seguridad jurídica y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia. (11): 181-199, 2009. [en línea] <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej11/OLIVER%20_14_.pdf> [fecha consulta: 12 Agosto de 2014].

En opinión del suscrito, esta solución debe complementarse con una segunda medida: la debida consagración constitucional explícita de la jerarquía supraconstitucional de los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Aclarando que esta prevalencia refiere exclusivamente a los derechos y garantías mencionados, y no al instrumento en general.

Esto permite excluir de la discusión -doctrinaria y jurisprudencial- sobre el rango jerárquico de los tratados internacionales, los derechos humanos contenidos en ellos. Además la remisión a instrumentos externos responde a las exigencias derivadas de una acelerada globalización, aceptar los consensos globales expresados en instrumentos transnacionales de observancia mundial es el estándar mínimo de contenido que se espera de una Constitución moderna.

Es conveniente acercarse a la noción de Constitución propuesta por Peter Haberle, esto permitiría enfrentar la problemática que supone la estrechez de un catálogo taxativo de derechos y la falta de criterios claros para identificar los nuevos derechos fundamentales que se vayan revelando a nuestra inteligencia periódicamente.

Para Haberle, la Constitución debe ser un proceso continuamente abierto y cultural, que fomente la efectiva participación de los ciudadanos en la interpretación de la Constitución, buscando una sociedad abierta de intérpretes compuesta por individuos absolutamente integrados a la esfera hermenéutica y de aplicación de los contenidos constitucionales. Es en esa perspectiva que la profesora Clarissa Hennig encuadra lo que se transforma en la tercera y última propuesta, fomentar la institución del *amicus curiae*, como instrumento procesal que viabiliza institucionalmente la participación ciudadana, extiende el debate constitucional y legitima las decisiones de la magistratura⁷⁵.

⁷⁵HENNIG L., MONIA C. La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño. Estudios Constitucionales. Centro de estudios constitucionales de Chile. Universidad de Talca. (1): (2010) p. 283.

Se llama “amicus curiae” o “amigo de la corte” a la institución que permite la intervención en juicio de un tercero con cierto interés en la resolución del conflicto para exponer sus consideraciones referentes al conflicto sometido a la decisión del tribunal.

La incorporación de este mecanismo amplía el círculo interpretativo, agrega realidad concreta a la carta⁷⁶, modifica la Constitución por medio de la interpretación, democratiza la actualización de la carta y pluraliza los contenidos constitucionales.

La conjunción de estas tres propuestas conforma una solución integral que promete una Constitución viva, coincidente con el pulso de la sociedad y preparada para enfrentar los desafíos venideros.

⁷⁶ HENNIG (2010) p. 290.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALEXY., ROBERT. Derechos sociales y ponderación. 2ª ed. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. 404 p.

ALEXY., ROBERT. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

BIDART CAMPOS., GERMÁN. “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna” en V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ed UNAM, México, 1998, p. 98.

BIDART CAMPOS., GERMÁN J. Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional En Memoria del CONGRESO Iberoamericano de Derecho Constitucional (7º, 2002, México D.F, México). Universidad Nacional Autónoma de México. 111 p. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=342>>

BIDART CAMPOS., GERMÁN J. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 529 p.

CANDIA F., GONZALO. Analizando la tesis de los derechos implícitos. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional rol n°2.408-2013 de 6 de Marzo de 2014. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100017&script=sci_arttext>

CARPIO M., EDGAR, El significado de los derechos no enumerados. Cuestiones Constitucionales. [en línea] México D.F. <<http://www.redalyc.org/pdf/885/88500301.pdf>> [consulta: 19 noviembre de 2014]

CASTRO P., IVÁN. Clasificación de las normas constitucionales. [en línea] <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2004/17/17_Clasificacion_Normas_Constitucionales.pdf> [consulta: 25 julio de 2014]

CEA EGAÑA., JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2008. v.1.

CEA EGAÑA., JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2008. v.2.

CEA EGAÑA., JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno. 2ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2008. v.3.

DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION DEL ESTADO DE BUENOS AIRES ENCARGADA DEL EXAMEN DE LA CONSTITUCION FEDERAL [En línea] <https://books.google.cl/books?id=nvM1AQAAMAAJ&pg=PA66&lpq=PA66&dq=diario+de+sesiones+de+la+convencion+del+estado+de+buenos+aires+1860&source=bl&ots=R0i2KwfaqX&sig=GqpvFDhL7hVM8_2bsPQq7Z18Iss&hl=es&sa=X&ei=9_JLVbyfDYihg wSbg4E4&ved=0CB4Q6AEwAQ#v=onepage&q=diario%20de%20sesiones%20de%20la%20convencion%20del%20estado%20de%20buenos%20aires%201860&f=false> [consulta: 21 Enero 2015].

FAUNDEZ L., HÉCTOR. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales. 3ª ed. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 1031 p.

FERNANDEZ-GALIANO., ANTONIO. Derecho Natural. España, Universitas S.A., 1991. 430 p.

FERREIRA C., ADRIANA. Los derechos innominados en Colombia, reflexiones sobre su origen. [En línea] <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-publico/los_derechos_innominados_3.pdf> [consulta: 18 Enero 2015].

GALINDO B., MANUEL E. Tema N°10: Clases, Formas y Técnicas de la Constitución. Facultad de derecho, Universidad Santa María. [en línea] <<http://derechote.blogspot.com/2012/01/constitucional-tema-10.html>> [fecha consulta: 14 de marzo de 2015].

GUASTINI., RICCARDO. Derechos Implícitos, Universidad de Génova, Italia. [en línea] <<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/Guastini%20derechos%20implicitos.pdf>> [consulta: 14 de Junio de 2014].

HABERLE., PETER. El Estado Constitucional. México, Universidad Autónoma de México, 2001, 339 p.

HABERLE., PETER. Verdad y Estado Constitucional. México, Universidad Autónoma de México, 2006, 151 p.

HENNIG L., MONIA C. La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae en el derecho brasileño. Estudios Constitucionales. Centro de estudios constitucionales de Chile. Universidad de Talca. (1): 283-304, 2010.

MEDINA Q., CECILIA. La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003. 428 p.

NOGUEIRA., HUMBERTO. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista *Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64, 2005. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000200002&script=sci_arttext> [consulta: 07 de Junio de 2014].

NOGUEIRA., HUMBERTO. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito, fundamentación y caracterización. Revista lus et Praxis (2): 245-285, 2007.

NOGUEIRA., HUMBERTO. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. Revista lus et Praxis, vol. 9, (1): pp. 403-466, 2003.

OLIVER C., GUILLERMO. Seguridad jurídica y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia. (11): 181-199, 2009. [en línea] <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej11/OLIVER%20_14_.pdf> [fecha consulta: 12 Agosto de 2014].

PRADO H., JUAN CARLOS. Los Derechos Constitucionales no enumerados según el Tribunal Constitucional. RAE Jurisprudencia. pp. 235-249, abr. 2009.

SOSA S., JUAN MANUEL. Derechos Constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad. En: SAÉNZ D., LUIS. Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Lima, Gaceta Jurídica, 2009. pp. 97-147.

VARAS ALFONSO., PAULINO. El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución, XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo a diciembre, 1993.

VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio., NOGUEIRA., Humberto. Derecho Constitucional, Tomo I, 2ª. Ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1997. v.1.