

Pablo Ruiz-Tagle Vial

Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile.**

En este trabajo se exploran las ideas que han existido en Chile sobre los derechos constitucionales y se pretende mostrar cómo estas ideas no han coincidido necesariamente con la concepción más actualizada y comprensiva de los derechos fundamentales. Para estos efectos se distingue entre lo que se ha denominado la tradición constitucional chilena y las doctrinas más recientes que se han denominado como doctrinas constitucionales de carácter e inspiración «pontificio» y que se caracterizan por ser intuitivas y por aspirar a servir como criterio total de resolución del universo o la clase completa de cuestiones constitucionales en todo tipo de procedimientos. El caso más extremo de este grupo de doctrinas aboga por una supuesta jerarquía de los derechos constitucionales. Asimismo, se identifican un conjunto de doctrinas alternativas que se describen como de carácter más razonado y con alcance parcial, así como su expresión doctrinaria y jurisprudencial. Finalmente, se revisan algunas ideas que sobre la noción de derechos fundamentales se han propuesto en el derecho comparado, con el objeto de contrastarlas con el derecho constitucional chileno y en definitiva comprobar su posible aplicación y su afinidad en nuestro sistema jurídico.

* Doctor en Derecho
Universidad de Yale.
Profesor de Derecho
Constitucional,
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.

** Este trabajo corresponde a una investigación que financia el Departamento de Investigaciones (DID) de la Universidad de Chile y es parte de una propuesta de proyecto FONDECYT. La revisión de este artículo en su versión final fue realizada con la colaboración de la ayudante Ana Piquer Romo. Se entiende la idea de "dogmática general" en el mismo sentido en que en el derecho penal se habla de una "parte general", por oposición a una parte especial, que en este caso correspondería al análisis detallado del contenido de cada una de las garantías constitucionales y/o los derechos fundamentales. Parte de estas ideas sirvieron para la oposición a la cátedra de Derecho Constitucional en el concurso de 1997.

1. La tradición constitucional chilena y los derechos fundamentales:

El capítulo III del texto constitucional vigente en Chile requiere de una explicación y de una dogmática¹ más completa porque su contenido es especialmente relevante para entender nuestra carta fundamental. Desde luego conviene tener presente que hay diferencias entre este capítulo y los capítulos similares de las constituciones anteriores. Estas diferencias se extienden no sólo respecto de los derechos reconocidos respectivamente en cada una de ellas,² sino también las diferencias se refieren a las formas en que se concibe la garantía de los derechos³, los deberes fundamentales establecidos en el artículo 22 y la concepción de Estado y sociedad que se desprende del artículo 23. Pero quizá la diferencia más importante entre la Constitución actual y las anteriores sea el que la Constitución de 1925 ya consagraba una idea de derechos y garantías constitucionales que respondía a una noción doctrinaria de libertades públicas⁴. La Constitución chilena actual responde, en cambio, a una noción de derechos fundamentales.⁵ En todo caso, salvo por esta concepción de los derechos fundamentales, es nuestra opinión que la concepción constitucional de los derechos del texto vigente, con toda su novedad, fue anticipada en sus principales rasgos en la obra de don Gabriel Amunátegui,⁶ a nuestro juicio el mejor exponente de la tradición constitucional liberal democrática chilena durante el pasado siglo veinte.

Por ejemplo, Gabriel Amunátegui hace un análisis de qué son y de qué manera se estructuran los derechos constitucionales, en el contexto de su explicación acerca de la esencia del problema constitucional, que identifica con la armonización de las potestades estatales y la autonomía individual.⁷ Asimismo, a su juicio los derechos cons-

1 Ver para una definición de lo que se entiende por dogmática en el derecho constitucional ALEXY, R., *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 29-34 (1997).

2 En la Constitución vigente desde 1989 se incluyen derechos no comprendidos en la Constitución de 1925, el artículo 19 No.4 que se refiere a la protección de la honra y la vida privada y pública de la persona y su familia; en el No.10 el derecho a un medio ambiente libre de contaminación; en el artículo 19 No.23 el derecho al acceso a la propiedad y en el artículo 19 No.26 el derecho a no ser afectado en la esencia de los derechos fundamentales.

3 A diferencia de la Constitución de 1925, la Constitución vigente desde 1989 concibe como garantía de los derechos fundamentales la prohibición constitucional de afectar el contenido esencial del derecho consagrada en el artículo 19 No.26 y la acción constitucional de protección del artículo 20, como también la ampliación del amparo del artículo 21 y de la acción de inaplicabilidad del artículo 80.

4 PECES BARBA, G. *CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES TEORÍA GENERAL* Universidad Carlos II, Boletín Oficial del Estado, Madrid 21-38 (1999)

5 Una serie de explicaciones acerca de lo que significa la idea de los derechos fundamentales en Chile es parte de lo que pretendo ayudar a explicar con este trabajo.

6 No es ciertamente Gabriel Amunátegui el único que en la tradición constitucional liberal democrática chilena hace aportes en relación con la mejor comprensión de los derechos constitucionales. También pueden citarse las obras de José Joaquín de Mora, Manuel Carrasco Albano y Alcibiades Roldán, entre otros. Pero, sin perjuicio de celebrar las obras de estos otros exponentes de la mejor doctrina constitucional en Chile, la obra del profesor Amunátegui es por su carácter comprensivo y por su mayor cercanía en el tiempo la más relevante en materia de derechos constitucionales.

7 AMUNÁTEGUI, G. *PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 303 (1956). *"La esencia del problema constitucional, se dijo que consistía en armonizar al Estado, con su autoridad y, al individuo, con su libertad"*.

titudinales se encuentran en constante cambio, lo que no significa que no puedan haber retrocesos respecto de ellos. De la concepción de Amunátegui se concluye además que el proceso de generación de los derechos constitucionales es progresivo. Este proceso se mueve inspirado en una serie de esfuerzos intelectuales y en la disputa ideológica que caracteriza la competencia política y, consecuentemente, en la argumentación constitucional que en forma característica se da en una sociedad abierta entre visiones alternativas de concebir el derecho constitucional. En el Chile del siglo XX y en la actualidad, esta competencia se da principalmente entre diversas variantes de concepciones iusnaturalistas, liberales, socialdemócratas o socialistas.⁸ Por otra parte, según Amunátegui los derechos constitucionales presentan a su vez ciertas características que les son propios⁹ y quizás más importante que ello, su reconocimiento y consagración constitucional cumple tres importantes propósitos:

Garantizarlos: Amunátegui posee una concepción procesal moderna de los derechos constitucionales, que junto con considerar como principal la garantía de los mismos, incluye entre dichas formas de garantía de manera amplia diversos medios tales como los recursos de amparo, de petición y por supuesto, de inaplicabilidad.

Reglamentarlos: este propósito procede debido a la necesidad de que los individuos en el desarrollo de sus capacidades materiales e intelectuales respeten los derechos de los demás individuos y la esfera que es propia de la autoridad del Estado. La reglamentación, según Amunátegui, será principalmente materia de ley, para evitar de ese modo las arbitrariedades.

Restringirlos y suspenderlos: Esto será necesario principalmente en los casos de «emergencia constitucional», lo que se vincula principalmente con los estados de excepción, estructurados sin tanto detalle en las constituciones de 1925, y 1833, estados que encontramos con mucho más regulación en la Constitución vigente.¹⁰

Finalmente, Amunátegui clasifica estos derechos en dos grandes grupos: El primer grupo lo constituirían las igualdades civiles, las que en la Constitución vigente estarían comprendidas por la igualdad ante la ley (igualdad ante la justicia), igualdad ante las cargas públicas y ante los cargos públicos. El segundo grupo lo constituirían las libertades; y que son a su vez incorporadas por Amunátegui en un primer grupo donde se incluyen las libertades materiales –inviolabilidad del hogar, libertad de trabajo, comercio e industria, derecho de propiedad, libertad personal–, y un segundo grupo

8 Ver RUIZ-TAGLE, P. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ESTADO EMPRESARIO, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile 57 Vol. 62 (2000).

9 AMUNÁTEGUI, G. Op. Cit. 306 y 307. 1) *Son patrimonio del ser humano, en cuanto a tal, y prescindiendo de la nacionalidad, del domicilio, del estado civil etc.* 2) *El reconocimiento constitucional de los derechos individuales no es necesario para su ejercicio; en el silencio de la ley el hombre está facultado para hacer uso de ellos, ampliamente.* 3) *No permiten hacer de ellos una enumeración prolija, pues la civilización determina que el hombre vaya desarrollando progresivamente sus facultades, y la Constitución política se limita a consagrar su existencia.* 4) *Están sometidos a la limitación motivada por la existencia de los derechos de los demás individuos y por la necesaria armonía que debe existir entre el derecho de la autoridad y el del individuo.*

10 *Ibíd supra* 307-313.

de libertades intelectuales, entre las cuales están la libertad de pensamiento y opinión, de conciencia y culto, de prensa, de enseñanza, de correspondencia y otros medios de comunicación, de reunión y asociación y el derecho de petición.”¹¹

2. Doctrinas chilenas contemporáneas sobre los derechos fundamentales:

Nuestra historia constitucional puede entenderse no sólo como la historia de la construcción de los órganos del Estado. También puede explicarse como una continua tensión entre diversos derechos fundamentales. Por ejemplo, en el siglo XIX nos encontramos con una forma de argumentación constitucional centrada en los derechos de libertad de culto y conciencia frente a las prerrogativas de la iglesia católica. Esta tensión se resuelve parcialmente con la separación de la iglesia y del Estado en 1925 y se extiende más tarde y hasta finales del siglo XX con la dictación de la nueva ley de libertad de culto consagrada recién en 1999.¹²

Casi en una línea paralela y también desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la argumentación constitucional en Chile se concentra en el esfuerzo por terminar con el sufragio censitario y el fraude electoral y por la ampliación progresiva de los derechos civiles y políticos.¹³ Pero la tensión más característica se dio principalmente durante la vigencia de la Constitución de 1925 y estuvo centrada en la discusión sobre las prerrogativas de los derechos clásicos frente a las necesidades económicas y sociales. En particular la tensión se produjo en torno a la propiedad y las sucesivas experiencias de reforma agraria, de intervención de la economía, la banca y la industria y de la “chilenización” y nacionalización de la gran minería del cobre.¹⁴ Y por cierto en el gobierno militar que va de 1973 a 1990, se abrogan totalmente los derechos civiles y políticos y sólo se reconocen en forma precaria y parcial ciertos derechos económicos.¹⁵ Más recientemente la argumentación constitucional ha girado en torno al derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor y la vida privada, como también respecto de la tensión entre el derecho a la vida y la autonomía personal.¹⁶

A partir de esta historia de tensiones en la doctrina constitucional chilena contempo-

11 *Ibidem.* págs. 313-314.

12 Ver Ley 19.638 de 14 de octubre de 1999 que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

13 Por ejemplo, el derecho al sufragio femenino se reconoce en Chile sólo a partir de 1949.

14 EVANS, E. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Editorial Jurídica de Chile 213-231 Tomo III (1999).

15 Como una muestra entre muchas otras ver artículo 24 transitorio que rigió durante el periodo pre constitucional desde 1980 y prácticamente hasta 1990.

16 Ver fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de febrero de 2001 y su explicación en Memoria de Prueba de INZUNZA; M. y MUÑOZ, A. EL ESTADO CHILENO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2001).

ránea se han desarrollado dos grandes posiciones que intentan explicar los derechos fundamentales y que podemos caracterizar del modo siguiente:

2.1) Concepciones constitucionales de carácter intuitivo y total o jerarquizadas:

Para este grupo de concepciones constitucionales acerca de la dogmática de los derechos, lo principal es el juicio del individuo que no reconoce un criterio uniforme comunicable conforme al cual tomar sus decisiones morales. Se trata de un derecho constitucional que se concibe como encerrado en sí mismo o como inspirado en consideraciones extra constitucionales que no se hacen del todo explícitas, por ejemplo, asumiendo como propias doctrinas de origen pontificio o basadas en las encíclicas papales y aceptando su aplicación muchas veces de manera inmediata. Lo anterior produce una forma de argumentación constitucional que a veces no se enriquece con el diálogo o el debate con otras visiones de derecho. Por otra parte, y como lo dice su nombre, es intuitiva, es decir, no responde a un criterio de derecho positivo, sino que emana de una intuición; es lo opuesto a lo públicamente razonado. Esta visión posee también la característica de responder a un criterio total porque supone que todos los conflictos se deben solucionar de una misma manera, y que todos los órganos deben resolver estos conflictos del mismo modo sin discriminar entre diversos tipos de procedimientos.

La construcción dogmática constitucional que supone este grupo de doctrinas podemos denominarlas genéricamente con el nombre de “pontificias”, porque junto con responder a la influencia de las encíclicas papales, se asientan en la institución universitaria que lleva ese nombre. Este grupo de doctrinas fue iniciada en sus fundamentos por quien es quizás el más destacado de sus exponentes: el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile don Alejandro Silva Bascuñán. El profesor Silva Bascuñán al referirse originalmente a la Constitución de 1925, explica cómo nuestra Carta Fundamental anterior siguió la tendencia predominante del constitucionalismo clásico en cuanto a los derechos y deberes de los individuos, pero agrega a esta observación que la realidad de estos derechos “brotan de la naturaleza del hombre” haciendo suya una concepción iusnaturalista de los mismos.¹⁷ Adicionalmente, el profesor Silva Bascuñán, hace suya la nomenclatura dogmática de derechos y garantías constitucionales y sostiene que la Constitución de 1925 se refiere a estas garantías no sólo para asegurarlas, sino también para expresar los límites de su extensión o ejercicio, porque según él no pueden quedar entregados al capricho.¹⁸ Agrega que la Constitución (de 1925) no restringe el amplio uso de la libertad, sino que castiga el ejercicio contrario a derecho y enuncia diversos criterios por los cuales la Constitución los restringe, entre los cuales

17 SILVA BASCUÑÁN, A. TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 205 (1963)

18 Ibid supra 206.

destaca la necesidad de impedir que el uso del derecho de unos destruya o menoscabe el derecho de otros; lo que denomina el encaminamiento de la persona a su pleno desarrollo temporal y trascendente; y también las restricciones que emanan del orden público y el bien común.¹⁹ Silva Bascuñán también reconoce diferencias en cuanto a los derechos constitucionales que tienen limitación constitucional de aquellos derechos cuya limitación es de orden legal o los que se limitan según la Constitución de acuerdo al orden público o las buenas costumbres.²⁰ Finalmente sostiene la importancia de los recursos jurídicos respecto de estos derechos y los clasifica en libertades e igualdades, admitiendo que existen derechos como el de asociación que son por naturaleza de carácter social.²¹

Recientemente, el profesor Silva Bascuñán, en su obra más comprensiva, ha utilizado una terminología semejante a la de su obra anterior que comprende la noción de derechos individuales, derechos políticos y ha adoptado la clasificación de libertades e igualdades para reiterar su noción iusnaturalista sobre estos derechos y hacerla extensiva a la noción de derechos humanos.²² En todo caso, la posición del profesor Silva Bascuñán es altamente discursiva y enfrenta en su argumentación otras concepciones constitucionales, por eso su carácter intuitivo y total se refiere más bien a su justificación de las limitaciones o restricciones y a la aplicación homogénea de las mismas que él propone respecto de todo tipo de procedimientos constitucionales.

Influido ciertamente por Alejandro Silva Bascuñán, el profesor Enrique Evans, quien también ejerció su cátedra en la Pontificia Universidad Católica de Chile, propuso una clasificación de los derechos constitucionales que responde a una lógica análoga.²³ El profesor Evans dice en su obra textualmente: *“Para esta clasificación, en que prescindimos de aspectos formales, similitudes gramaticales o raigambres históricas, hemos intentado agrupar los derechos buscando, en lo fundamental, el bien jurídico protegido en cada conjunto de garantías y teniendo presente que es la persona del hombre el fundamento último de los derechos humanos.”*²⁴ La clasificación de Evans se basa entonces en la noción de bien jurídico que se extrae de la dogmática penal y distingue entre derechos de la personalidad, derechos del pensamiento libre, derechos de la seguridad jurídica, derechos del desarrollo en el medio social y derechos del patrimonio, sirviendo como guía para comentar todo el contenido del capítulo de la Constitución referido a los derechos.²⁵ El carácter intuitivo y total de la concepción del profesor Evans se refiere

19 Ibid supra 207

20 Ibid supra 207-208.

21 Ibid supra 209.

22 Ibid supra 139-140, 153-155 (1997). El profesor Alejandro Silva Bascuñán reconoce respecto de los derechos humanos las características de naturales, innatos, individuales, subjetivos, universales y abstractos, y agrega que los Estados no sólo se comprometen a asegurar los derechos, sino también a promoverlos.

23 EVANS, E. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Editorial Jurídica de Chile Tomo I 30-31 (1999)

24 Ibid supra 30.

25 Ibid supra 31-33. Evans sostiene que el capítulo III de la Constitución es una obra “muy bien lograda”.

más bien a su clasificación basada en la noción de bien jurídico, en su renuncia a explicar la justificación histórica de esta clasificación y también en la aplicación homogénea de la misma a todo tipo de procedimientos constitucionales.

Pero es sin duda la concepción dogmática constitucional del profesor José Luis Cea Egaña la que alcanza la formulación más comprensiva de las doctrinas que hemos caracterizado como intuitivas y totales o jerarquizadas.²⁶ De hecho, después de pronunciarse con dudas sobre la existencia de verdaderos o aparentes conflictos entre los derechos, dice el profesor Cea textualmente: *“Prácticamente y también en el plano de los principios, tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal... Planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble. Pero si en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. Así y consecuentemente, comiéndose por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad en sus diversas especies.”*²⁷ En esta cita ya encontramos desplegada en toda su expresión la tesis dogmática intuitiva y total que incluye la idea de jerarquía de derechos que según el profesor Cea se expresa en el texto positivo de la Constitución vigente: *“En la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir la secuencia jerárquica ya enunciada. Y lo mismo cabe decir del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos. En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la historia fidedigna.”*²⁸ El carácter omnicompreensivo de estas afirmaciones, que ya hemos criticado en sus consecuencias, designándola como la tesis “numerológica”, nos obliga a demostrar el carácter equivocado de la misma.²⁹

Desde luego, el orden de las disposiciones del artículo 19 de la Constitución vigente no calza con la propuesta del profesor Cea, que no reconoce en su jerarquía el lugar de las igualdades y otros derechos que con gran esfuerzo, quizá sólo podemos incluir en

26 CEA, J.L. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CHILE SÍNTESIS. CRÍTICA Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile 171-175 (1999).

27 Ibid supra 172.

28 Ibid supra 174.

29 RUIZ-TAGLE, P. APUNTES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA CENSURA EN CHILE Revista de Derecho y Humanidades Facultad de Derecho Universidad de Chile (1997).

la vaga noción de Orden Público Económico.³⁰ Asimismo, revisadas las fuentes respectivas, ni los Pactos Internacionales más relevantes ni los documentos donde constan las discusiones de la Constitución en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución muestran un acuerdo que demuestre la existencia de la jerarquía de derechos que nos propone para nuestra adopción el profesor Cea.³¹ Por eso, aunque la afirmación en lo que respecta al reconocimiento de la jerarquía de los derechos constitucionales también ha sido compartida por otros profesores de derecho constitucional, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, su veracidad no está comprobada.³² Incluso más, la referencia final que el profesor Cea hace en su obra a una jurisprudencia que reconoce dicha jerarquía queda también en tela de juicio, porque aunque cita en su apoyo la sentencia de apelación y el fallo de la Corte Suprema en el caso Martorell, ciertamente después del fallo de la Corte Interamericana en el caso sobre “La Última Tentación de Cristo”, esa clase de argumentos han quedado muy debilitados.³³ Como se ve entonces, la concepción constitucional del profesor Cea y de los profesores Ver-

30 La jerarquía que propone el profesor Cea sólo se refiere a las disposiciones del artículo 19 números 1, 4, 12, 13, 21, 23, 24 y 25. Esta jerarquía no asigna lugar alguno a los números 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 22 del mismo artículo 19 y por supuesto dicha jerarquía no asigna lugar alguno a las otras disposiciones constitucionales con que se construye el bloque constitucional de los derechos fundamentales en Chile, que son, junto al artículo 19, los artículos 1, 5 y 13 de la Constitución Política de la República. Ver además crítica dogmática a concepto de Orden Público Económico en RUIZ-TAGLE, P. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ESTADO EMPRESARIO, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile 57 Vol. 62 (2000). La noción de bloque de constitucionalidad se ha usado en la doctrina para designar normas que están fuera de la Constitución pero que tienen valor supra constitucional o valor simplemente constitucional. Ver también a este respecto NOGUEIRA, H. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Editorial Universidad de Talca, Talca 85 y 136 (1997). Nada obsta a que puede usarse la noción de “bloque constitucional” para designar, en primer término, a las diversas disposiciones constitucionales que regulan una materia de una manera conjunta.

31 La simple lectura de la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y los demás documentos internacionales de valor equivalente, muestra que estos documentos no asumen jerarquía alguna entre los derechos contenidos en ellos y que la coincidencia en el orden de exposición de los derechos con la clasificación propuesta por el profesor Cea a lo más tiene un carácter parcial y fragmentario. Adicionalmente, la lectura de las actas constitucionales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y las partes de la misma que el propio profesor Cea transcribe en parte en su obra, no nos pueden llevar a aceptar la tesis de la jerarquía, ni siquiera como un acuerdo alcanzado en el momento originalista de limitado consenso que caracteriza dicha Comisión. En verdad es difícil aceptar que se hable de historia fidedigna de la Constitución antes de 1989, porque en el periodo pre-constitucional antes de que se acepten las reformas que forman el consenso constitucional que inaugura la democracia en nuestro país, no existe en realidad un gobierno constitucional en Chile.

32 Ver VERDUGO, M., PFEFFER, E. y NOGUEIRA, H., DERECHO CONSTITUCIONAL Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I 197 (1994). El texto dice textualmente: “En lo que atañe a la forma en que deberían agruparse los derechos, hubo consenso en la Comisión de que todas las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que lo más aconsejable era partir, por orden jerárquico, con el derecho a la vida, las igualdades y las libertades (Sesión No.84)”. Revisada la sesión No.84 no puede concluirse que la jerarquía propuesta por los profesores Verdugo y otros sea acordada.

33 Ver fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de febrero de 2001 y ver también Memoria de Prueba de INZUNZA, M. y MUÑOZ, A. EL ESTADO CHILENO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago (2001).

dugo, Pfeffer y Nogueira responde a un criterio intuitivo que se supone de aplicación total, en cuanto jerarquía reconocida en su origen y en sus consecuencias, a todo tipo de procedimiento constitucional. Sin embargo, a pesar de la influencia de esta concepción constitucional, existe en nuestro país una posición distinta que por supuesto también ha tenido reconocimiento en la doctrina³⁴ y en la jurisprudencia constitucional chilena y que es objeto de nuestros comentarios en los párrafos que siguen.

2.2) *Concepciones constitucionales de carácter razonado y parcial:*

Este grupo de concepciones constitucionales refleja mejor la evolución que ha tenido el tratamiento de estos temas en el derecho comparado, e incluso en nuestra tradición constitucional anterior a 1973 y supone un rechazo del método intuitivo y de la adopción de jerarquías injustificadas respecto de los derechos. Por ejemplo si admite algún grado de preeminencia entre derechos constitucionales, se exige que éstos se justifiquen desde un punto de vista histórico o político o se sometan por lo menos a las exigencias formales expuestas por Rawls, que requiere se construya una sociedad bien ordenada en la cual los derechos fundamentales están disponibles para todos los ciudadanos de igual forma y que deben ser lo más extensivos posibles, ocupando la libertad y la igualdad un lugar preponderante.³⁵ También supone que la inclusión de elementos morales, religiosos, políticos o económicos etc., en los cuales se fundamenta la argumentación jurídica deben mencionarse en forma expresa. Propone además siempre soluciones parciales y diferenciadas para los distintos casos y presta especial atención al tipo de procedimiento o sede en la cual se discute la cuestión constitucional, reemplazando la idea de jerarquía por las de balance, delimitación y ponderación de

34 Quizá se puede citar como su formulación más cercana en la doctrina constitucional chilena la obra de NOGUEIRA, H. DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Editorial Universidad de Talca, Talca 107-272 y 294 (1997) que por cierto se basa a su vez en los trabajos de los profesores Louis Favoreau y Gregorio Peces Barba. Aunque el profesor Humberto Nogueira comparte con los profesores Verdugo y Pfeffer la idea de jerarquización de los derechos constitucionales, en ésta su obra más reciente aborda la diferenciación de los derechos subjetivos, los derechos humanos, los derechos esenciales y los derechos fundamentales, así como sus rasgos principales y muestra una idea bastante desarrollada sobre la noción de límites a los derechos fundamentales. Sin embargo, su definición de los derechos fundamentales todavía responde a mi juicio a una concepción constitucional intuicionista de los mismos, porque los caracteriza en la página 130 de su obra del modo siguiente: «*La denominación de derechos fundamentales, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentación de los derechos constitucionales, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata positiva de la misma constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico. En tal sentido el status de la persona es un status jurídico material de contenido concreto, no disponible por la persona, los poderes públicos, los organismos internacionales y los organismos supranacionales.*»

35 RAWLS, J. A THEORY OF JUSTICE Oxford University Press (1972). Ver también RUIZ-TAGLE, P. La prioridad del derecho sobre el concepto moral del bien en la teoría moral de John Rawls Estudios Públicos No.35 Invierno (1989).

los derechos.³⁶ Simplificando estas nociones podemos decir en breve que ellas se definen del modo siguiente: el balance busca reconocer los costos y beneficios sociales que pueden reconocerse en los conflictos entre derechos fundamentales. Por su parte el reconocer respecto de alguno de estos derechos y otorgarle a alguno de ellos una posición preferida es también una técnica razonada y parcial. Esta posición preferida será otorgada por ejemplo al derecho de propiedad o la libertad de expresión de acuerdo a la posición a la que se adhiera, pero siempre en el contexto de un caso y evitando toda generalización de carácter total o la construcción de una jerarquía. Por su parte la delimitación busca fijar los límites de los contornos externos de los derechos sin afectar el núcleo de los mismos o su esencia. Finalmente, la ponderación significa atribuir un peso a un elemento o a un conjunto con el fin de obtener una proporción media. Por consiguiente, esta visión razonada y parcial no sólo acepta el balance, la delimitación, la posición preferida o la ponderación del derecho fundamental, sino que busca hacerse cargo también de los efectos que producen las decisiones constitucionales.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado esta visión en diferentes oportunidades, como por ejemplo en un caso de recurso de protección donde se discutía si la publicación de una gigantografía con un cheque que se suponía pagaba un tratamiento de liposucción y que contenía el nombre de la señorita B.U.C. constituía respecto de ella una agresión y un atentado a su honra y vida privada. La Corte en este caso razonó acerca de las circunstancias del mismo y concluyó: “SEXTO: *Que de este modo, de autos no ha quedado demostrado que existiera la debida relación causal entre los actos que se reputan ilegales o arbitrarios y las empresas recurridas de quienes es evidente suponer que ignoraban si los datos que se señalaban en el facsímil del cheque correspondían a una persona física que existía en realidad, puesto que pagaron sobre la base de un trabajo sobre cheque ficticio y porque además, la inclusión del nombre de B. U. C. era irrelevante para el éxito de la campaña publicitaria. SÉPTIMO: Que por último, los efectos de los actos reprochados han concluido en cuanto al daño que pueda afectar a la recurrente, ya que su nombre y el número de su cuenta corriente, fueron cambiados... ya que los recurridos dieron instrucciones para hacer de inmediato las correcciones de esa propaganda*”.³⁷ En este ejemplo de jurisprudencia se puede ver lo que corresponde hacer en un caso relacionado con

36 En EE.UU. esta forma de argumentación constitucional es casi un lugar común como puede apreciarse por ejemplo en GUNTHER, G. CONSTITUTIONAL LAW The Foundation Press Mineola, New York 972-985 (1985) y se ha desarrollado en particular en referencia al derecho a la libertad de expresión. Ver también para un planteamiento más general DWORKIN, R. TAKING RIGHTS SERIOUSLY Gerald Duckworth & Co. Ltda. London (1984) primera edición en inglés en 1977. En Europa esta forma de argumentación constitucional se ha desarrollado plenamente desde hace más de una década como puede verse en las obras de O'CALLAHAN, X. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES: HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN Editorial Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas Madrid (1991), MARTÍNEZ, J. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Editorial Civitas (1993) y en su tratamiento más completo ALEXY, R., TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 29-34 (1997), con una primera edición en alemán en 1986.

37 Ver fallo de Corte de Apelaciones de 2 de noviembre de 1995 en autos Rol No.3.171-95 de Recurso de Protección redactado por el Ministro Milton Juica.

derechos fundamentales, donde la asignación de responsabilidades debe considerar las circunstancias de hecho, las relaciones causales entre las acciones y las consecuencias producidas y no puede resolverse con la simple adopción irreflexiva de una supuesta jerarquía. En fin, un fallo razonado que en forma parcial y considerada responde la cuestión constitucional sometida a su conocimiento.

En una línea de jurisprudencia que también es razonada y parcial y que se vincula con el anterior por la noción de vinculación directa de la Constitución, puede citarse el caso de una inspectora del trabajo que demandó de perjuicios a TVN porque fue implicada en un delito en un reportaje de televisión. El fallo de primera instancia resolvió: “*DÉCIMO PRIMERO: Que en la especie existe una aparente colisión de derechos entre la libertad de informar, consagrada en el número 12 del artículo 19, y el derecho a la honra consagrado en el artículo 19 No. 4 de la Constitución Política de la República de Chile. Colisión de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha salvado de forma expresa mediante la reforma que la Ley 19.048 introdujo al artículo 22 de la Ley 16.643, estableciendo que no se considerarán como hechos relativos a la vida privada de una persona, entre otros, los referentes al desempeño de funciones públicas, situación de autos, y los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública*”.³⁸ Esta resolución muestra que no basta con la consideración de una jerarquía para resolver un conflicto entre derechos constitucionales, que es necesario también conocer la legislación y las opciones que se han tomado en ésta para resolver estos casos.

Por lo demás, esta forma de interpretar la Constitución es la que más se aviene a la jurisprudencia que ha establecido el Tribunal Constitucional desde sus mismos orígenes, cuando señaló incluso antes de constituir con sus decisiones el gobierno constitucional en Chile, que: “*La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella*”.³⁹ Esa anulación o privación de eficacia es precisamente el efecto que se produce con las concepciones que se basan en la intuición y/o que establecen órdenes rígidos o jerarquías que se suponen de aplicación total o absoluta para la resolución de todos los conflictos entre derechos. Por eso es tan importante que consideremos algunas ideas sobre la forma que el derecho comparado ha tenido en cuenta para tratar estas materias, lo que haremos a continuación.

3. Análisis de los derechos fundamentales en Chile a partir del derecho comparado

En esta parte final de nuestros apuntes confrontaremos algunas de nuestras ideas con las obras de diversos autores que en el derecho comparado han abordado el tema de

38 Ver fallo de 3 de marzo de 1998 de 24° Juzgado Civil de Santiago en autos Rol No.C-3634-95.

39 Fallo del Tribunal Constitucional en Rol No.33 publicado el 3 de octubre de 1985.

los derechos constitucionales o que más precisamente han desarrollado la noción de derechos fundamentales. El objeto de esta parte final del trabajo es que el estudio comparado de los derechos fundamentales nos sirva de contraste o comparación para iniciar el debate que necesitamos con el fin de lograr una explicación más adecuada de tales derechos en el derecho constitucional chileno.

3.1. Concepción de los derechos constitucionales del profesor Antonio Pereira.

Pereira concibe los derechos como vinculados y fundados necesariamente en una noción de valor absoluto de derecho natural, la que acepta algunos derechos como tales y otros los declara intuitivamente de menor o ningún valor.⁴⁰ Las nociones del profesor Pereira se hermanan con las doctrinas que hemos denominado como “pontificias” aunque no hay referencias explícitas a ellas, pero en todo caso, de su revisión concluimos, a diferencia de lo que sostiene el profesor Pereira, que los derechos no son absolutos, y también que a la hora de hablar de derechos debemos centrar nuestra atención en el derecho positivo y no podemos caprichosamente referirnos a estas materias o excluir ciertas categorías de derechos reconocidas como tales en nuestros textos positivos porque nos resultan más simpáticas o afines a nuestras convicciones ideológicas.⁴¹ Por más que hagamos explícitas nuestras convicciones personales, la discusión constitucional debe concentrarse en el texto positivo y dar cuenta del mismo como tarea primordial. En esto precisamente consiste la noción de derechos fundamentales que el profesor Pereira no alcanza a formular, la que constituye uno de los pilares actuales del debate constitucional contemporáneo y que precisamente han desarrollado en su origen los profesores Gregorio Peces Barba y Pedro Cruz Villalón.

3.2. Idea y controversia sobre los derechos fundamentales del profesor Gregorio Peces Barba:

En primer término se puede encontrar en la obra del profesor Peces Barba una crítica de diversas doctrinas relacionadas con los derechos fundamentales, entre ellas las doctrinas conservadoras y pontificias, entre varias otras concepciones que se critican des-

40 PEREIRA, A. TEORÍA CONSTITUCIONAL, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, págs. 383 (1993).

41 PEREIRA, A. TEORÍA CONSTITUCIONAL, Editorial Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 329 (1987). En estas páginas sostiene el profesor Pereira: “Para que exista vida constitucional lo mínimo que hace falta es un bloque de libertades más bien negativas que aseguren al ciudadano la ausencia de interferencias indebidas en su área –inviolabilidad de domicilio y correspondencia, no ser condenado sin ser juzgado, igualdad ante la ley, etc.–, más un bloque de derechos más bien afirmativos que le permitan participar en la cosa pública, libre-elección, asociación y reunión, derecho a elegir y a ser elegido, etc.– y controlar a los gobernantes. A todo ello hay que añadir una eficaz protección judicial. Pero la cuestión disuade de ser pacífica... Aquellos derechos sociales que complementan los clásicos – ejemplo: derecho a un juicio justo y, además, gratuito- deben ser preservados, y los que no son verdaderos derechos, sino prestaciones o directrices, deben ser colocados en leyes distintas a la Constitución. El poder público debe tomar medidas para que el disfrute de las libertades no sea patrimonio exclusivo de la clase alta, pero sin confundir tales medidas con auténticos derechos o libertades, y sin tomar pie en ello para fortalecer el poder más todavía”.

de el punto de vista de la modernidad que da origen a los derechos fundamentales.⁴² Sobre esta materia lo que dice el profesor Peces Barba es especialmente iluminador en cuanto al origen y efecto de estas doctrinas y vale la pena su transcripción textual: “*Sin perjuicio del componente genérico cristiano y de la influencia evangélica en el humanismo —muchas veces marginado o perseguido por sectores oficiales de la Iglesia, que está en la base de la filosofía de los derechos fundamentales— el pensamiento oficial y el mayoritario de la Iglesia Católica en los países influyentes de Europa ha tenido posiciones muy negativas en nuestro tema. No hay que hacer, como veremos, ningún esfuerzo para incluirla en este apartado, al menos hasta 1941. Los textos principales del pensamiento pontificio donde la Iglesia se alinea con el pensamiento contrarrevolucionario y en defensa del orden surgido en el Congreso de Viena son las encíclicas: ‘Mirari Vos’ de 15 de Agosto de 1832; ‘Quanta Cura’ de 8 de Diciembre de 1864; ‘Quod Apostolici Muneris’ de 28 de Diciembre de 1878; ‘Diuturnum’ de 29 de Junio de 1881; ‘Humanum Genus’ de 20 de Abril de 1884; ‘Inmortalis Dei’ de 1 de Noviembre de 1885, y ‘Libertas’ de 20 de Junio de 1888. Todavía un siglo después de las grandes Declaraciones Americanas y Francesas de finales del siglo XVIII, se ve una doctrina estable y consolidada de rechazo de la filosofía política liberal, y también socialista, y de la organización política, el Estado de Derecho, surgido de ese pensamiento, en cuyo seno se enmarcan los derechos fundamentales. Ese núcleo de pensamiento oficial generará e impulsará y, a su vez, se sentirá apoyado por el pensamiento católico mayoritario, neotomista en el mejor de los casos, integrista, o favorecedor del totalitarismo como en el caso de la Acción Francesa de Maurras, o de los sectores católicos que apoyaron al fascismo en Italia, al nazismo en Alemania o al franquismo en España. Una característica común del pensamiento oficial de la Iglesia, y del pensamiento de esos católicos será la negación de los derechos fundamentales. No se debe olvidar tampoco que la aparición de los textos pontificios señalados obedece también a la necesidad de impedir el progreso de un catolicismo liberal incipiente en Bélgica, en Alemania, en Italia y, sobre todo, en Francia*”.⁴³ Prácticamente todo lo que plantea el profesor Peces Barba es aplicable a nuestra realidad chilena y como podrá notarse, ya ha servido de inspiración a este trabajo.

Pero el profesor Peces Barba en su obra hace un aporte también en cuanto a la delimitación de los términos vecinos a los derechos fundamentales, tales como derechos subjetivos, libertades públicas, derechos humanos, derechos morales, derechos naturales, etc.⁴⁴ Es entonces también en esta materia donde comienza la elaboración más afinada de la concepción acerca de los derechos fundamentales, porque como hemos visto en las obras de los autores citados con anterioridad en este trabajo, se usan indistintamente y de modo a veces confuso e irreflexivo todos estos términos conjuntamente, como si fuesen sinónimos. Para Peces Barba el derecho natural es una doctrina jurídica política que supone derechos previos al poder y al derecho positivo, derechos

42 PECES BARBA, G. CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES TEORÍA GENERAL Universidad Carlos III Bolefín Oficial del Estado Madrid 59-95 (1999).

43 Ibid supra 79.

44 Ibid supra 21-38.

que se descubren por la razón en la naturaleza humana y que imponen límites a la autoridad. Esta concepción prescinde de la historia y la realidad social y luego de la crítica historicista y positivista ha perdido aceptación en la discusión constitucional. Por su parte, los derechos humanos, al igual que los derechos naturales, tienen una función política, pero es diversa en su caso porque no sólo limitan la autoridad sino también sirven para dar legitimidad y constituyen una garantía supranacional respecto de la dignidad, la libertad y la igualdad que se identifica con un sistema jurídico supranacional fundado en tratados. Los derechos subjetivos son un término más técnico que corresponde a una creación dogmática del derecho alemán en el siglo XIX y se postulan como límites que el individuo puede ejercer respecto de la acción del Estado, pero se hace presente su limitación porque hoy en día los derechos fundamentales implican también participación o se ejercen respecto de otros sujetos privados, no solo respecto del Estado. Como muy cercana a la noción de derechos subjetivos se desarrolla en Francia la noción de libertades públicas, que surge de las doctrinas revolucionarias de 1789 para indicar con ella privilegios ciudadanos frente al Estado, los que se identifican con los derechos de autonomía y no incluyen los derechos de participación ni los derechos sociales de contenido económico. Los derechos morales son una noción más reciente de origen anglosajón que proviene de la obra de Ronald Dworkin y que se identifica con ideas cuasi-iusnaturalistas que definen los derechos como triunfos de los individuos frente al Estado, que incluso se usa para referirse a los triunfos de los individuos frente al poder de las mayorías en gobiernos democráticos. Supone una fusión del derecho y la moral y no concibe a los derechos como enraizados en el proceso histórico y social de su construcción. Finalmente, Peces Barba nos propone una concepción de los derechos fundamentales, que es una noción de derecho positivo constitucional e internacional que supone un consenso moral y que incluye toda clase de derechos, sean éstos de autonomía, participación u otros. En fin, no se agota la discusión terminológica en el trabajo de Peces Barba, pero sí nos invita a ser más precisos en el uso de estos conceptos, lo que desde luego, por comparación o contraste, puede agregar claridad al debate constitucional chileno.

3.3. Historia del derecho positivo de los derechos fundamentales del profesor Pedro Cruz Villalón:

Para Cruz Villalón los derechos fundamentales no se justifican en principios iusnaturalistas, sino que son parte del derecho positivo en la medida que se produce su consagración constitucional.⁴⁵ Asimismo, el profesor Cruz Villalón en una formulación histórica muy pertinente, explica ciertos puntos concernientes a ideas de Carl Schmitt que son muy críticos respecto de la Constitución de Weimar. Según el profesor Cruz Villalón, para Schmitt los preceptos dedicados a las libertades individuales

⁴⁵CRUZ VILLALÓN, P. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 25, 47-48 (1989).

«giran en el vacío», ya que dependen de una remisión al legislador, los que a su vez tienden a objetivos sociales, calificándolos por esta razón de simples programas, debido a lo cual la parte dogmática de la Constitución pierde su fuerza normativa, porque en definitiva es el legislador como un ser arbitrario el que puede regular de cualquier manera los derechos fundamentales quedando éstos reducidos a meras especificaciones del principio de legalidad. Así se concibe una forma de absolutismo constitucional que tiene al Presidente como figura omnipotente y defensor de la Constitución que escapa al juego de control y de frenos y contrapesos que caracteriza el gobierno constitucional.⁴⁶ El propio Cruz Villalón desarrolla en su trabajo los principales antidotos que se han pensado en contra de las críticas de Schmitt y que son particularmente el principio de reserva legal contenido en la Constitución, la no afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales y por supuesto, los sistemas de control judicial de la Constitución. En definitiva, el debate constitucional democrático va gradualmente creando las mejores formas de garantizar estos derechos a través del desarrollo del propio derecho constitucional positivo. En eso consiste precisamente la justificación de la noción de los derechos fundamentales, que es antes que nada una noción de derecho positivo.

3.4. Caracterización jurídica de los derechos fundamentales del profesor Louis Favoreau.

La concepción del profesor de Aix en Provence Louis Favoreau constituye una novedad en el Derecho francés y es recogida principalmente a partir de las nociones dogmáticas que tienen su origen en el derecho alemán y en el derecho europeo comunitario actual⁴⁷. El tema se desarrolla anunciando una particular noción de los derechos fundamentales, que como concepto debe incluir a todos los derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y el derecho internacional.⁴⁸ Para aplicar esta definición a nuestra realidad debemos tomar en cuenta que hay derechos fundamentales que tienen una configuración diferente, por el hecho de ser americanos y pertenecer a un sistema interamericano. Por ejemplo, la libertad de expresión en la tradición latinoamericana, en particular en el Pacto de San José de Costa Rica, no admite censura previa, a diferencia del sistema europeo de derechos fundamentales en materia de libertad de expresión.⁴⁹ Además, Favoreau construye su noción de los derechos fundamentales asignándole a ellos las siguientes características principales:

46 CRUZ VILLALÓN, P. Op. Cit. pág.57.

47 FAVOREAU, L. et al. DROIT CONSTITUTIONNEL. Editorial Dalloz. 775-885 (1998).

48 Ibid supra 780.

49 PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, Artículo 13 n.2: "*Libertad de Pensamiento y de Expresión. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (pensamiento y expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.*".

- a) Todas las libertades, constitucionales o internacionales son fundamentales, ya que una vez protegidas constitucionalmente no se puede distinguir un menor o mayor grado en cuanto a su carácter fundamental. Esta propuesta dice relación con que el derecho fundamental se hace inatacable de parte de los órganos estatales, incluyendo a su vez una protección constitucional que incluso puede significar resistir el ataque de las mayorías, por ejemplo, exigiendo quórum especiales para su modificación.
- b) No existe jerarquía entre derechos fundamentales, aunque algunos tengan una mayor protección que otros. Ante un conflicto se hará una ponderación de los derechos resolviendo la jurisprudencia cada conflicto particular.
- c) El paso de la legalidad a la constitucionalidad como centro del sistema jurídico también afecta los derechos fundamentales porque se ha evolucionado desde un concepto de libertades públicas o clásicas, consagradas en el caso chileno en la Constitución de 1925, que como tales suponen una abstención del Estado, su protección se apoya en la ley y en los principios fundamentales del derecho mediante la intervención de un juez ordinario; sus titulares son sólo personas naturales, se dirigen contra el ejecutivo y finalmente sólo originan relaciones verticales, es decir, entre el poder público y los particulares. En cambio, la nueva concepción de los derechos fundamentales consagradas en la Constitución del 1989 se enmarca en el esquema de un Estado de Derecho (supremacía constitucional), su protección se apoya en normas constitucionales e internacionales mediante la intervención de un juez constitucional, sus titulares son tanto personas naturales como jurídicas, se dirigen contra el ejecutivo, el legislativo e incluso el poder judicial, y originan relaciones horizontales y verticales, es decir, producen también sus efectos en las relaciones entre particulares.

En la concepción europea los derechos fundamentales son, por una parte, derechos subjetivos (es decir destinados a proteger intereses individuales y como tales exigibles judicialmente), pero son también garantías objetivas que forman parte consustancial del sistema jurídico. Asimismo, para los efectos de su reconocimiento y garantía los derechos fundamentales adoptan distintas formas características que en su forma más primaria responde a la clasificación de Georg Jellinek⁵⁰, que distingue derechos negativos, que suponen una abstención del Estado; derechos positivos, que reclaman una acción por parte del Estado o derechos activos que dan a los individuos el derecho a participar en la formación de la voluntad del Estado. Estos derechos también pueden ser objeto de limitaciones o restricciones, lo que significa que no poseen un carácter absoluto.

50 Ver quizás la mejor exposición sobre la clasificación de Georg Jellinek en ALEXY, R., *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 247-266 (1997). Otra explicación simple sobre funciones de los derechos fundamentales en el derecho chileno en RUIZ-TAGLE, P. *PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y ESTADO EMPRESARIO*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile 57 Vol. 62 (2000).

Asimismo, los derechos fundamentales tienen generalmente un reconocimiento de «status reforzado» que se puede manifestar de dos formas: por una parte, se pueden establecer procedimientos de modificación más exigentes o, simplemente, se puede prohibir la modificación de estas disposiciones, argumentando alguna forma de constitucionalidad superior.⁵¹ Además existe respecto de los derechos fundamentales la llamada lista o catálogo abierto, caso en el cual la Constitución no establece una enumeración exhaustiva de derechos fundamentales, por lo que pueden agregarse otros que no pertenecían a esta, verbigracia, EE.UU. Chile tiene un catálogo cerrado, por lo que la ampliación de los derechos fundamentales corresponde a la jurisprudencia; sin embargo, los artículos 1º, 5º y su relación con el artículo 19 n° 26 ofrecen cierta posibilidad de ampliar el ámbito de los mismos.

Por su parte, con respecto a la garantía de estos derechos Favoreau reconoce cinco garantías de fondo, entre las cuales cita en primer término, la aplicación directa de la Constitución; segundo, la institución de la reserva legal, que consiste en que el legislador se reserva un dominio cuyo contenido o límites no pueden ser desconocidos por el mismo o por otras autoridades; tercero, el respeto al contenido esencial del derecho; cuarto, la regulación constitucional de la suspensión de las garantías que tiene un carácter excepcional y condicionado y finalmente, en quinto lugar, el procedimiento especial de reforma de la Constitución.⁵² Pero la concepción de Favoreau también distingue las garantías jurisdiccionales o procesales de los derechos fundamentales en su relación con la justicia constitucional y la justicia ordinaria y en ambas, las formas de protección generales y las que son más específicas.⁵³

En cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales y los titulares de los mismos, Favoreau no distingue según si éstos serán personas naturales o jurídicas de derecho público y privado, e incluso cualquier grupo intermedio.⁵⁴ El derecho puede hacer una distinción entre nacionales y extranjeros, y con respecto a los últimos también se distinguirá entre aquellos en situación regular y aquellos que no lo están, pero es de notar que en Chile esa distinción sólo alcanza directamente al derecho a sufragio y a ser elegido a cargos públicos.⁵⁵ Además los derechos se podrán dirigir tanto en contra de quienes detentan el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial como también en contra de personas privadas.⁵⁶

Finalmente, de acuerdo al profesor Favoreau, los derechos fundamentales están limitados por lo que llamó la «colisión de derechos fundamentales», caso en el que dos

51 Ver Ley Fundamental República Federal Alemana.

52 Favoreau, L. *ibid supra* 795-800. Todas estas garantías que Favoreau denomina como "garantías de fondo y forma" existen en el derecho constitucional chileno actual.

53 *Ibid supra* 800-802.

54 *Ibid supra* 803-809.

55 Constitución Política de la República de Chile ver el artículo 19 que dice: "La Constitución garantiza a todas las personas". Ver artículos 13 y 14 de la Constitución Política de la República de Chile.

56 Favoreau, L. *ibid supra* 807-809.

sujetos de derecho poseen derechos incompatibles, donde por ejemplo, uno invoca el derecho al respeto y protección a su vida privada y pública, y otro, el derecho a la libertad de expresión. En otros casos están limitados por una necesidad de conciliación entre derechos fundamentales y fines de interés general, como por ejemplo el caso de prohibición de huelga en ciertos rubros. Sin embargo, es conveniente tener presente que todas las posibilidades de limitación tienen a su vez su propio límite, que descansa en el respeto a la esencia del derecho.⁵⁷

Como puede apreciarse, entonces, hay muchas ideas que podemos aplicar en el análisis constitucional chileno y que surgen de las propuestas que en el contexto del derecho comparado ha hecho el profesor Louis Favoreau.

3.4. Teoría de los derechos fundamentales del profesor Robert Alexy:

La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy constituye el intento más ambicioso de construir una explicación comprensiva, aunque razonada, de esta materia. A veces la explicación del profesor Alexy por su lenguaje y por el ámbito de su proyecto, nos hace recordar el esfuerzo de Hans Kelsen que, basándose en las ideas de Immanuel Kant, Jeremy Bentham y particularmente John Austin, concibió su teoría pura del derecho.⁵⁸ El profesor Alexy nos propone una teoría que se basa en el derecho positivo alemán, pero que se alza como una hipótesis de teoría general de los derechos fundamentales, que hace las correspondientes referencias a las tesis de Georg Jellinek, W.N. Hohfeld, Ronald Dworkin y otros, y se funda en una metodología particular que debe usarse para argumentar estas materias que se denomina teoría dogmática.⁵⁹ El profesor Alexy también distingue entre principios, valores, reglas y normas constitucionales.⁶⁰ La distinción entre reglas y normas se explica porque la norma (que es una regla jurídica) funciona como una regla vinculada a un derecho fundamental y estará vinculada a dicho derecho fundamental si es posible argumentar dicha vinculación. Por su parte, la diferencia entre regla y/o principio en Alexy se diluye porque ambos pueden llegar a ser normas en su relación con lo que debe ser, pero su diferenciación se refiere particularmente a la mayor generalidad y al hecho que Alexy concibe a los principios como una clase particular de normas, que cumplen

57 Ibid supra 809-812.

58 Ver KELSEN, HANS TEORÍA PURA DEL DERECHO Editorial Porrúa, México (1991), KELSEN, HANS TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO Universidad Nacional Autónoma de México, México (1969) y KELSEN, H. TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS Editorial Trillas, México (1994).

59 Alexy ibid supra 29-33. Alexy aunque reconoce que es poco claro qué hace que una teoría jurídica sea dogmática, distingue tres clases de dogmática jurídica: dogmática de dimensión analítica que se ocupa de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido; dogmática empírica que se refiere al conocimiento del derecho positivamente válido y a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica y dogmática normativa que trata la orientación de la praxis jurídica, sobre todo de la jurisprudencia judicial y agrega que la ciencia del derecho tiene que cumplir con dar cuenta de las tres dimensiones.

60 Ibid supra 55, 75, 82-83, 138-172.

la función específica de ser mandatos de optimización.⁶¹ Asimismo, la relación entre los valores y los principios constitucionales es muy estrecha y sólo se distinguen porque los valores son la consideración del aspecto axiológico o lo que es mejor respecto de un principio.⁶² En cambio, según Alexy, las reglas *per se* sólo pueden ser cumplidas o no, lo que las hace diferentes a los principios y no admiten optimización.⁶³ Distingue el profesor Alexy entre derechos del tipo libertad e igualdad y presenta una compleja explicación justificando los derechos fundamentales que constituyen acciones positivas del Estado.⁶⁴ Rechaza toda jerarquía ordinal o cardinal entre valores o principios de derecho fundamental.⁶⁵ Finalmente trata con gran agudeza la argumentación relativa a los derechos fundamentales, explicando las nociones de afectación,⁶⁶ ponderación⁶⁷ y el efecto horizontal⁶⁸ de los derechos fundamentales sobre las personas particulares y también las garantías institucionales,⁶⁹ entre otras materias.

La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy es muy compleja y a veces su nomenclatura y terminología dificulta su comprensión y aplicación. Sin embargo, algunas de sus categorías pueden ser adaptadas con el objeto de comprender mejor el contenido de los derechos fundamentales en la Constitución chilena. Por ejemplo, si usamos la clasificación que distingue entre reglas y principios y la adaptamos a las disposiciones del artículo 19 de nuestra carta fundamental, podemos reconocer lo siguiente: Son principios en la clasificación de Alexy los N°s 1, incisos 1 y 2; N° 2 inciso 1; N° 3 incisos 1 y 2 segunda frase; N° 4 inciso 1; N° 5 parte del inciso 1; N° 6 inciso 6; N° 7 inciso 1; N° 8 inciso 1; N° 9 inciso 1 y 5; N° 10, incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7; N° 11 incisos 1, 2 y 4; N° 12 incisos 1, 4, y 5; N° 13 inciso 1; N° 14 es totalmente

61 Ibid supra 86. Estas explicaciones sobre los principios como mandatos de optimización admiten dudas porque los principios no necesariamente pueden ser considerados como clases de normas sino que tienen con éstas diferencias más marcadas. Ver a este respecto las tesis de DWORKIN, R. LOS DERECHOS EN SERIO Editorial Ariel Barcelona 61-223 (1984).

62 Ibid supra 138-157.

63 Ibid supra 87.

64 Ibid supra 331-494.

65 Ibid supra 152-157.

66 Ibid supra 160-161. Robert Alexy identifica la no satisfacción de un derecho fundamental con lo que denomina su «afectación».

67 Ibid supra 157-172. El profesor Alexy sostiene en la página 163 que la ley de la ponderación es «una regla que prescribe el establecimiento de curvas de indiferencia correctas (importancias relativas correctas)» y agrega en la página 166 que si se acepta en la argumentación constitucional el concepto de principio, que «en la ponderación no se trata de una cuestión de todo-o-nada, sino de una tarea de optimización.» Y concluye en la página 167 «el modelo de la ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente». El nexa con la escuela de retórica jurídica vinculada a la concepción normativa de «argumentación jurídica» de la cual el propio profesor Alexy es un reconocido representante, es la parte más abstrusa y la menos convincente de su teoría.

68 Ibid supra 506-524. El profesor Alexy denomina al efecto horizontal de los derechos fundamentales como «tesis de la irradiación» lo que también recuerda al que Ronald Dworkin denomina «efecto gravitacional». Ver RUIZ-TAGLE, P. REVISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 216-218 (1990).

69 Ibid supra 471.

un principio; N° 15 incisos 1, 5, 6; N° 16 inciso 1 y 2; N° 17 es totalmente un principio constitucional; N° 18 inciso 1 y 3; N° 19 inciso 1 primera frase; N° 20 inciso 1 y 2; N° 21 inciso 1; N° 22 inciso 1; N° 23 inciso 1; N° 24 incisos 1 y 2 en parte e inciso 9; N° 25 incisos 1, 2 y 3 y finalmente el N° 26 es una regla en cuanto regula, limita o complementa derechos fundamentales pero es un principio en cuanto se funda en el principio de proporcionalidad de la afectación.⁷⁰

4. Conclusiones:

4.1) Ante todo, existe una tradición constitucional chilena liberal y democrática que se remonta a casi dos siglos de existencia y que ha dado las mejores explicaciones sobre los derechos constitucionales en nuestro país. Esta tradición jurídica constitucional debemos revisarla y rescatarla en sus fundamentos, para dar una explicación consistente del bloque constitucional dogmático que en la Constitución chilena vigente se refiere a los derechos fundamentales.

4.2) Existe en línea paralela una forma de argumentación constitucional, que se describe en sus rasgos de origen y en su caracterización como "pontificia", de carácter intuitiva y con aspiración de servir como criterio total de resolución de cuestiones constitucionales, que en su forma más extrema se presenta proponiendo una jerarquía de los derechos fundamentales en un cuerpo de doctrinas que debe ser sometido a crítica severa. La crítica, por lo demás, nos muestra que es posible encontrar una formulación alternativa de doctrina constitucional y con arraigo en la jurisprudencia, que responde a una forma de argumentación más razonada y que se propone a sí misma como un criterio parcial de solución. Para esos efectos, este grupo de doctrinas hace suyas las nociones de delimitación, ponderación, posición preferida, balance de derechos fundamentales, etc.

4.3) En el estudio del derecho comparado y su contraste con la doctrina chilena encontramos elementos muy valiosos para desarrollar todavía mejor un cuerpo de doctrinas referidos a los derechos fundamentales en la Constitución chilena. Por ejemplo, se puede encontrar en la obra del profesor Peces Barba una crítica a diversas doctrinas relacionadas con los derechos fundamentales, entre ellas a las doctrinas conservadoras y pontificias y la delimitación de los términos vecinos a los derechos fundamentales, tales como derechos subjetivos, libertades públicas, derechos humanos, derechos morales, derechos naturales etc. En el trabajo del profesor Cruz Villalón se

70 El análisis y la adaptación de las ideas del profesor Robert Alexy sobre los principios y las reglas a las disposiciones constitucionales chilenas se realizó en colaboración con el alumno Aníbal Concha. Los demás incisos de estas disposiciones no necesariamente son reglas en la clasificación de Alexy, muchas de ellas son en verdad "reglas incompletas", es decir, reglas que para su concreción recurren a principios o a conceptos que semánticamente son abiertos y a que veces requieren de principios o valores para su definición. Como se ve, entonces, la clasificación de Robert Alexy tiene un carácter controvertido en su aplicación.

explica desde un punto de vista histórico la evolución de los derechos fundamentales y cómo estas nociones se distinguen del derecho natural y responden a las críticas más conservadoras. Por su parte, el profesor Favoreau despliega en toda su actualidad con una lógica cartesiana los rasgos principales de la noción de los derechos fundamentales en el derecho positivo francés y europeo de finales del siglo XX y su complejo sistema de garantías, que ciertamente nos sirve para imaginarnos mejor nuestro propio sistema jurídico en esta importante materia. Finalmente, el profesor Alexy nos propone una teoría que se basa en el derecho positivo alemán pero que se alza como una hipótesis de teoría general de los derechos fundamentales, en la que haciendo las correspondientes referencias a las tesis de Ronald Dworkin y otros, distingue entre principios, valores, reglas y normas constitucionales. Distingue también entre derechos del tipo libertad e igualdad y los derechos que consisten en acciones positivas del Estado. Finalmente trata con gran agudeza la argumentación relativa a los derechos fundamentales, explicando las nociones de afectación y ponderación de los derechos fundamentales que podemos adaptar al análisis constitucional chileno. Todo lo anterior viene a ser de la mayor relevancia para el desarrollo de una dogmática general de los derechos fundamentales que se adecue a nuestra realidad constitucional. Esta realidad no puede seguir presentándose a sí misma como un caso raro. Ante todo, la explicación sobre la Constitución chilena debe ser compatible con un futuro de vínculos estables con el mundo civilizado.