

Claudio Nash Rojas (Chile) *

Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI **

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y principalmente con base en los horrores de que fue testigo el mundo en la II Guerra Mundial, se desarrolla en Europa toda una corriente de constitucionalismo fuerte, con expresión en materia de garantía de los derechos fundamentales. Iniciando el siglo XXI nos parece relevante estudiar cómo estos estándares internacionales pueden servir al constitucionalismo chileno para asumir el desafío de adecuar la protección constitucional de los derechos fundamentales. Para ello analizaremos aquellas materias en las que ha habido un especial desarrollo en la dogmática comparada sobre derechos fundamentales y propondremos algunas alternativas para adecuar nuestros estándares constitucionales al desarrollo actual de la materia en el ámbito comparado.

Comenzaremos el análisis fijando el marco conceptual general en el que se inserta nuestro estudio (1), delimitaremos los conceptos más relevantes en esta materia (2), estudiaremos los elementos centrales de los modelos de derechos fundamentales (3), la estructura de estos derechos (4), los usos y funciones que les han sido asignados (5) y, finalmente, propondremos algunas ideas respecto de la garantía de estos derechos en el ámbito nacional e internacional (6).

* Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dicta el Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en dicha Facultad y es candidato al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. <nash@derecho.uchile.cl>

**El presente trabajo surgió a partir del Curso de Derecho Público en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco al profesor Pablo Ruiz-Tagle por su generosidad en la transmisión de conocimientos y la profundidad de sus críticas. También agradezco a María José Eva, investigadora del Centro de Derechos Humanos de dicha facultad, por sus valiosos comentarios.

1. Marco conceptual: la relación entre la idea de constitución y la noción de derechos fundamentales en la dogmática constitucional

Una primera aproximación al tema de los derechos individuales y su incorporación a la constitución nos lleva a ciertas distinciones respecto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Una primera distinción diferencia entre constitución ortodoxa e institucional; en efecto, en un reciente artículo de Cristi y Ruiz-Tagle,¹ se señala que esta distinción separa, por una parte, el constitucionalismo ortodoxo que perseguía la protección de los derechos fundamentales de libertad y con ese fin estructura el Estado y, por otro, un constitucionalismo republicano, que enfocaba sus objetivos en los temas de gobierno y estructura política, en el entendido de que éstos eran los mejores mecanismos para garantizar los derechos fundamentales.

Una segunda distinción relevante es aquella que distingue entre monismo y derechos fundacionales (fundamentalismo). El monismo se basa en la idea de que la soberanía reside en las personas y éstas son libres para modificar los sistemas constitucionales sin que existan límites para el ejercicio de ese derecho (ejemplo, la tradición parlamentaria de Gran Bretaña). Por su parte, los sostenedores del derecho fundacional sostienen que los derechos individuales que se expresan en el texto constitucional deben servir como un límite infranqueable para el ejercicio de la soberanía de las mayorías, otorgando una primacía a los derechos individuales, sin otorgar el derecho a la *polis*, como un colectivo, para modificarlos; además, para esta perspectiva los derechos fundacionales se fijan en un momento histórico determinado respecto de cierta categoría de ciudadanos y esta característica tampoco puede ser modificada.²

Bruce Ackerman³ sostiene una tesis *dualista* que pretende superar las posiciones monista y fundacionalista expuestas previamente. Para ello distingue dos momentos en la vida de una sociedad: política normal y política constitucional. En momentos de política normal la legislación debe ser guiada por las mayorías, bajo la limitación de estar sometida al control judicial; en los tiempos de política constitucional, momentos especialmente críticos para una sociedad, es posible pensar en que las divisiones sec-

¹ Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle: "Constitutionalism" (material de estudio distribuido en Curso Derecho Público, primer semestre 2004, Programa de Doctorado en Derecho Universidad de Chile), 2004.

² Un buen resumen de las ideas aquí debatidas puede verse en José Juan Moreso: "Derechos y justicia procesal imperfecta"; Roberto Gargarella: "Los jueces frente al 'coto vedado'", y Juan Carlos Bayón: "Derechos, democracia y Constitución", todos en *Discusiones*, n.º 1, 2000, Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, pp. 15-51, 53-63 y 65-93.

³ Una primera aproximación al tema en Bruce Ackerman: "Constitutional Politics/Constitutional Law", en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego en *We the People: Foundations*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, vol. I, 1991. Para una crítica a esta teoría, véase Carlos S. Nino: *Democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1996, cap. IV.

⁴ J. Rawls: *Liberalismo político*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 220-2.

toriales cesan y se abre espacio a una legislación consensuada con vistas al bien común. Rawls acepta esta distinción y agrega la idea a sus *principios del constitucionalismo*; la distinción poder constituyente - poder constituido le permite a Rawls sostener que el poder constituyente posee la más alta autoridad de la voluntad de “Nosotros el pueblo” y como tal “obliga y guía” al poder ordinario, de rango legal.⁴

Podemos sostener que la perspectiva dualista que propone Ackerman da luces para solucionar el tema de la consagración constitucional de los derechos. Su tesis posibilita entender los derechos fundamentales como aquellos derechos que emanan del individuo y que se consagran en un momento determinado (derechos fundacionales); pero, como ello es insuficiente,⁵ surge la idea de ciertos derechos fundamentales (*fundamental rights*) que son definidos por vía de interpretación de normas constitucionales, pero también, y fundamentalmente, de principios constitucionales que permiten adecuar la protección a la situación concreta y actual.⁶

Frente al incumplimiento por parte del Estado del debido respeto de estos derechos, surge una nueva idea dualista que vincula los *derechos fundamentales a escala planetaria* surgidos de un momento de ejercicio del *poder constituyente* que limite la soberanía de los Estados en tiempos de normalidad para definir el contenido, el alcance y el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos por la comunidad internacional.⁷

De esta forma, en la dogmática constitucional más relevante, la idea de los derechos fundamentales es uno de los ejes que determinan las bases de la convivencia y de la legitimidad de las decisiones políticas que se adoptan a la luz de las estructuras fundamentales y que se desarrollan a través de las instituciones consagradas en el texto constitucional.⁸ Tanto así que se ha vinculado la idea misma del Estado constitucional con ese fin garantista de los derechos individuales. En esta línea compartimos la opinión de un destacado autor argentino, quien señala: “ese fin [el de la Constitución] no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: *asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre*”.⁹

⁵ Puede ser insuficiente ya sea porque este acuerdo fundacional puede tener su origen en un momento histórico que deje fuera a sujetos y situaciones que con el tiempo pasan a ser considerados como sujetos u objetos de protección o en la práctica puede ser aplicado restrictivamente.

⁶ Sobre la relevancia de los principios, véase R. Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

⁷ Véase en este sentido Cristi y Ruiz-Tagle (nota 1).

⁸ Para una visión crítica de este planteamiento y que sostiene una visión procedimental de la democracia y por tanto de la propia Constitución, véase John Hart Ely: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 19-96.

⁹ Germán Bidart: *Los derechos del hombre. Filosofía, constitucionalización, internacionalización*, Buenos Aires: Ediar, 1974, p. 93.

2. Delimitación de conceptos

2.1. Definiciones generales

En materia de limitación a los poderes de la autoridad existe un desarrollo acabado de conceptos que se vinculan con su limitación, legitimación y guía. De esta forma, para abordar el tema es necesario distinguir adecuadamente las referencias que se harán en materia de conceptos vinculados con derechos morales, derechos naturales, derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales, entre otros conceptos relevantes.¹⁰

Pero la dificultad de clarificación conceptual aumenta en la medida en que la palabra *derecho* se ha usado con distintos significados; por ello es necesario tener en consideración su exacto contenido para delimitar cuándo efectivamente estamos ante un derecho y no ante otro tipo de concepto.¹¹ En esta presentación distinguimos el uso del término *Derecho*, en cuanto concepción general que nos permite distinguir la validez de las normas, de los *derechos* como ciertas facultades, esto es, una serie de posibilidades de acción o de actuación que se le reconocen o conceden a su titular, que suponen deberes o cargas a otras personas y que poseen cierta protección jurídica, esto es, la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que éstos intervengan en defensa del interés protegido por el ordenamiento jurídico.¹²

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

En primer lugar, podemos identificar aquellos conceptos vinculados con tesis iusnaturalistas: derechos naturales y derechos morales. Los derechos naturales se enmarcan en el iusnaturalismo del siglo XVIII¹³ y se caracterizan por ser una forma de limitación del poder soberano sobre la base de ciertos derechos universales, inalienables e imprescriptibles vinculados a la persona y anteriores a la vida en socie-

¹⁰ Véase Antonio Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1993; Gregorio Peces-Barba: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1999.

¹¹ Wesley Hohfeld: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 45; Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea, 1989, pp. 26-30.

¹² En este sentido véase R. Dworkin: "Introduction", en R. Dworkin (ed.): *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, pp. 1-9.

¹³ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 25.

dad,¹⁴ esto es, derechos con pretensiones de universalidad¹⁵ e independientes de su consagración positiva.¹⁶ Los derechos morales se han utilizado principalmente dentro de la cultura anglosajona en la segunda mitad siglo XX. Se caracterizan por ser una forma de limitación al poder soberano de las mayorías, recurriendo a la idea de derechos anteriores de los que el individuo es titular y, por tanto, limitadores del poder de decisión de las mayorías,¹⁷ los que están fundados en principios morales válidos.¹⁸ Distingue a estos derechos su reconocimiento y protección a través de las estipulaciones constitucionales; por tanto, son derechos que la constitución convierte en jurídicos.¹⁹

Vinculados con una concepción positivista de los derechos están los derechos públicos subjetivos y libertades públicas. La expresión *derechos públicos subjetivos* se enmarca en la Alemania del siglo XIX, concretamente en el proceso de construcción de un Estado liberal.²⁰ Se caracterizan por ser concebidos como prerrogativas que conceden las leyes y tienen como objetivo limitar al poder estatal (funcionarios dependientes del Estado) estableciendo ciertos límites dentro de los cuales el individuo no puede ser afectado.²¹ Las libertades públicas surgen en el debate de la Francia posrevolucionaria, con una clara dimensión positivista. Se caracterizan por limitar a las mayorías estableciendo en la legislación ciertos *derechos de autonomía*, esto es, un ámbito exento para el libre desenvolvimiento individual, frente a la intervención estatal.²²

La utilización del concepto *derechos humanos* surge en el contexto de la segunda posguerra mundial, vinculada a la idea de limitar los derechos que tiene el Estado respecto de sus ciudadanos. Se construye sobre la base de un acuerdo a que llegan los Estados de comprometerse al respeto de un catálogo de derechos, su incorporación al derecho positivo y el establecimiento de sistemas de protección internacional. La idea de derechos humanos busca no sólo limitar el poder del Estado, sino que también impone obligaciones positivas, recogiendo las ideas liberales, democráticas y socialistas vinculadas a la protección de los individuos en cuanto tales.²³

Si bien el concepto de derechos fundamentales está ampliamente desarrollado, su concepción da margen para la manifestación de distintas visiones. El concepto de derechos fundamentales se vincula con la idea de ciertas pretensiones morales que se

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 25, 40; la idea de anterioridad, véase John Locke: *Segundo Tratado del gobierno civil*, Madrid: Alianza, 1990, pp. 55-56.

¹⁵ Luis Prieto: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1990, p. 35.

¹⁶ Nino: o. cit. (n. 11), p. 21.

¹⁷ Dworkin: o. cit. (n. 6), pp. 211, 219, 228.

¹⁸ Nino: o. cit. (n. 11), p. 24.

¹⁹ Dworkin: o. cit. (n. 6), p. 212.

²⁰ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 27-8; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 33

²¹ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 28; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 32-34.

²² Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 29-31; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), pp. 35-36

²³ *Ibíd.*, p. 57; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 49; Prieto: o. cit. (n. 15), p. 61.

positivizan en el texto constitucional, ya sea a través de valores, principios o reglas, y por tanto quedan fuera del ámbito de disposición de las mayorías, constituyéndose en límites para la soberanía. Además, comprenden el derecho del individuo para exigir del Estado su respeto a través de mecanismos institucionales y, en caso de incumplimiento, se contemplan ciertos mecanismos de exigibilidad a través de procedimientos jurisdiccionales. La recepción de este concepto es una constante en el constitucionalismo comparado y su desarrollo en el derecho comparado ha sido exponencial en la segunda mitad del siglo XX.

2.2. *Contraste de las nociones sobre derechos individuales con el concepto de derechos fundamentales*

Las tesis iusnaturalistas (derechos naturales y morales) son más limitadas que la visión actual de los derechos fundamentales, ya que ésta comprende no sólo el reconocimiento de ciertos valores superiores, sino que se preocupa de que sean positivizados como derechos, proceso que tiene por efecto la clarificación del contenido de los derechos y comprende una visión más amplia de las obligaciones del Estado en cuanto a su garantía y protección.

Las tesis positivistas (derechos públicos subjetivos y libertades públicas) son mejoradas por la teoría de los derechos fundamentales toda vez ésta plantea que las cuestiones de derechos no quedan entregadas a las simples mayorías circunstanciales (que determinan las leyes positivas), sino que también se vinculan con principios reflejados en los textos constitucionales y permiten que por la vía de la interpretación se protejan efectivamente derechos individuales, en cuanto derechos y no simples privilegios, potestades o inmunidades;²⁴ además, la preocupación de los derechos fundamentales por su protección eficaz²⁵ amplía la idea de los derechos desde una visión de simple límite al Estado (tesis liberal) a un establecimiento de obligaciones positivas en cuanto derechos de participación y derechos sociales.

La relación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales sigue un principio de interacción de dos niveles de protección de los derechos del individuo a través de la incorporación de los derechos humanos a los textos constitucionales.²⁶

²⁴ Seguimos la terminología de Hohfeld: o. cit. (n. 11), pp. 49, 81.

²⁵ Pedro Cruz: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, Madrid, 1989, p. 41.

²⁶ Sobre esta especial forma de relación de los derechos fundamentales y los derechos humanos véase *infra*, sección 6 de este trabajo.

2.3. *Noción de derechos fundamentales en el derecho constitucional chileno*

2.3.1. *Doctrina chilena de los derechos fundamentales a fines del siglo XIX y principios del siglo XX*

Como hemos señalado, la doctrina chilena de fines del siglo XIX y primera mitad del siglo XX se enmarca en un contexto doctrinario de una clara matriz iusnaturalista. Los derechos fundamentales son entendidos como derechos naturales,²⁷ caracterizados por derechos anteriores al Estado, fundados en una tesis contractualista²⁸ y con una naturaleza inalienable, universal e imprescriptible. Para estos autores, la Constitución debe limitarse al reconocimiento de los derechos naturales a través de su enumeración y garantía.²⁹

Para la doctrina clásica prima la idea de los derechos fundamentales como una expresión de libertades públicas, donde el reconocimiento de los derechos naturales en el texto constitucional tendrá como objetivo central establecer ciertas limitaciones al poder del Estado que permita el libre desenvolvimiento del ser humano³⁰ o, como lo expresa claramente Amunátegui, “armonizar al Estado con su autoridad y al individuo, con su libertad”.³¹ Son expresión clara de estas ideas los énfasis que se ponen en materia de libertad de conciencia y de religión: la libertad de expresión de las ideas con base en la libertad de pensamiento como derecho natural y la discusión sobre la independencia del Estado respecto de la Iglesia como una forma de libertad personal.³²

2.3.2. *Normativa y dogmática contemporánea sobre derechos fundamentales en Chile*

Sobre la base del texto constitucional de 1980 los derechos consagrados en la carta fundamental pueden ser mirados como derechos fundamentales, esto es, derechos individuales protegidos por mecanismos procesales y que son un límite para la soberanía. En el texto constitucional sigue primando una concepción *iusnaturalista* y una consagración de estos derechos, fundamentalmente, como límites al Estado antes que obligaciones de actuación, tal como se desprende del catálogo de derechos constitucionales del artículo 19.

²⁷ Jorge Huneus: “Derecho constitucional comparado”, en *Obras de don Jorge Huneus*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1891, p. 37.

²⁸ José Mora: *Curso de derecho del liceo de Chile*, Imprenta Republicana, tomo I, Santiago: 1830, pp. 8-10.

²⁹ Huneus: o. cit. (n. 27), p. 37.

³⁰ *Ibidem*, pp. 38-39.

³¹ Gabriel Amunátegui: *Principios generales del derecho constitucional*, Santiago: Jurídica de Chile, 1953, p. 303.

³² Manuel Carrasco: *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833. Memoria de prueba*, Santiago: Universidad de Chile, Imprenta de la Librería del Mercurio, 1874, pp. 12-24 y 54.

Sobre la resolución de conflictos entre derechos ha habido una tendencia a aceptar, en las tesis contemporáneas que representa el profesor José Luis Cea,³³ una idea de la jerarquía de los derechos establecidos en la Constitución que estaría dada por la enumeración de los derechos consagrados; esta tesis de la jerarquía ha sido seguida por otros autores.³⁴

Los derechos consagrados en el texto constitucional no son el reflejo de los valores relevantes en el actual contexto histórico; en efecto, los derechos consagrados en la Constitución Política de 1980 (en adelante CPR) tienen un énfasis en las libertades, sin que expresen un adecuado énfasis en los derechos de participación y los derechos sociales. Los derechos consagrados no recogen adecuadamente los derechos de participación (por ejemplo, hay una consagración formal del derecho al sufragio, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima);³⁵ en cuanto a los derechos sociales, en materia de salud, educación, trabajo los derechos son tratados como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por parte del Estado.

En cuanto a su garantía, conceptualmente ésta debería verse reflejada tanto en materia de recursos y procedimientos como en prácticas jurisprudenciales. Sobre lo normativo nos referiremos *infra*. Sobre la actividad judicial, podemos decir que la garantía de los derechos fundamentales también debería contemplar su protección a través de un activo rol judicial para el control de constitucionalidad de las leyes.³⁶ El sistema constitucional nacional sólo contempla una función de legislación negativa del Tribunal Constitucional y una minimizada actuación de la Corte Suprema a través del control difuso (recurso de inaplicabilidad), sin perjuicio de que en la práctica los tribunales hayan ampliado su competencia, resolviendo cuestiones constitucionales a través del recurso de protección consagrado en el artículo 20 del texto constitucional.

Frente a estas posturas restrictivas que limitan los derechos fundamentales a su idea de libertades frente al Estado, surge otra tendencia dentro del constitucionalismo chileno que ha pretendido vincular los derechos establecidos en la Constitución como derechos fundamentales en un sentido moderno.³⁷ En este intento se ha buscado rescatar el esquema de Amunátegui relativo a la Constitución del 1925, donde se establece que los derechos constitucionales tienen una triple función: garantizadora,

³³ José Luis Cea: *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, pp. 171-175.

³⁴ Verdugo et al.: *Derecho Constitucional*, tomo I, Santiago: Jurídica de Chile, 1994, p. 197.

³⁵ Sobre la igualdad de impacto y su relevancia en el sistema democrático, véase R. Dworkin: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2002, pp. 184-210.

³⁶ Cristi y Ruiz Tagle: o. cit. (nota 1).

³⁷ Pablo Ruiz-Tagle: "Principios constitucionales y estado empresario", en *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000; también del mismo autor véase "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile", en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001.

límite a la soberanía y forma de regulación de los conflictos (restricciones-suspensiones). Además, se ha llamado la atención sobre otras cuestiones, como por ejemplo, el rol del control judicial de los derechos fundamentales, la importante función de la interpretación, la aplicación de los principios y la resolución de conflictos con base en la ponderación de derechos.³⁸

3. Modelos y funciones de los derechos fundamentales

3.1. Modelos de protección de derechos fundamentales

En lo que sigue desarrollaré las principales explicaciones sobre los modelos de derechos fundamentales en las obras de Peces-Barba y Alexy, destacando aquellos elementos que permiten una comparación de las teorías. Finalmente, formularé algunas conclusiones en la perspectiva de un modelo que integre ambas visiones.

El modelo que propone Peces-Barba se deriva de las dos nociones centrales de su análisis, esto es, el fundamento y el concepto que sustentan la noción de derechos fundamentales. Su modelo se basa en tres características que asigna a los derechos fundamentales: a) pretensión moral justificada; b) subsistema dentro del sistema jurídico, y c) preponderancia de la realidad social. En cuanto pretensión moral justificada, los derechos fundamentales tienden a facilitar la autonomía e independencia sobre la base de la libertad e igualdad; como subsistema jurídico, lo central es que los derechos fundamentales deben expresarse en términos de derechos, esto es, ser incorporados técnicamente a una norma; y en su relación con la realidad social, los derechos fundamentales están condicionados por ciertas realidades que no pueden ser ignoradas, tales como circunstancias económicas, sociales y políticas que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.³⁹

La teoría de Alexy es una teoría estructural con un carácter normativo-analítico que se pregunta por la respuesta correcta y la fundamentación racional de los derechos fundamentales.⁴⁰ Su centro está en la explicación de las normas de derechos fundamentales y desde esa perspectiva desarrolla una teoría integral de los derechos fundamentales. Las ideas centrales que su sistema expone son para explicar qué son las normas de derechos fundamentales y cómo ellas obligan. Para ello Alexy pone especial énfasis en la estructura de la norma de derechos fundamentales. Establece que las normas iusfundamentales son normas jurídicas con ciertas características particulares, ya que se expresan a través de disposiciones constitucionales y, además, poseen una estructura particular que se expresa en reglas, principios y valores.⁴¹

³⁸ Véase Cristi y Ruiz Tagle: o. cit. (n. 1).

³⁹ Peces-Barba: o. cit. (nota. 10), pp. 109-112.

⁴⁰ Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 39.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 62-115 y 138-173.

Dentro de esta estructura de las normas fundamentales destaca la ponderación, como criterio para la resolución de conflictos entre principios, desechando, en consecuencia, los modelos de jerarquías generales.⁴² A partir de esta estructura de derechos fundamentales, este autor desarrolla tres modelos: a) puro de principios; b) puro de reglas y c) de reglas y principios, además de procedimientos.⁴³ Se pronuncia a favor de éste, en el que a las “disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios. Ambos pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble”.⁴⁴

Desde un punto de vista comparativo de estos modelos generales, se pueden señalar algunos puntos que permiten proponer uno unificado: a) ambos intentan una explicación de los derechos fundamentales en cuanto derechos positivizados dentro del sistema jurídico, ya sea como subsistema o como parte del sistema de normas, derechos subjetivos; b) ambos ponen énfasis en la cuestión de los valores, ya sea como una pretensión moral o como valores; c) incluso, ambos identifican como valores centrales a la libertad y la igualdad; d) finalmente, ambas propuestas se caracterizan por pretender plantear un modelo integral de derechos fundamentales.

A partir de estos elementos es posible desarrollar un modelo unificado de los derechos fundamentales. En esa perspectiva podríamos señalar como elementos centrales de un modelo de derechos fundamentales:

- a. deberán ser incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- b. deberán comprender una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente;
- c. esta visión amplia de los derechos implica la consagración de derechos no sólo de libertad, sino también derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- d. todo análisis de derechos fundamentales deberá incorporar la cuestión de los valores, dando un particular énfasis a dos de ellos: la libertad y la igualdad;
- e. en todo sistema de derechos fundamentales se debe desarrollar un sistema de eficaces mecanismos para protegerlos, en cuanto derechos efectivamente exigibles frente a la autoridad;
- f. a la vez, cualquier sistema de derechos fundamentales debe contemplar un papel activo de los órganos judiciales en tanto intérpretes de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores.

⁴² *Ibíd.*, pp. 152-7.

⁴³ Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 161-174.

⁴⁴ Alexy: o. cit. (n. 40), p. 138.

3.2. Visiones críticas del modelo de derechos fundamentales

El modelo integral se entiende de mejor forma en la medida en que lo podemos contrastar con algunas de las críticas que ha sufrido la noción de derechos fundamentales. Las principales críticas dicen relación con la extensión de los derechos fundamentales, con su calidad de derechos subjetivos⁴⁵ y con el uso que se ha hecho de ellos.⁴⁶

C. Pereira critica la noción de derechos fundamentales desde la perspectiva de los derechos naturales,⁴⁷ entendiendo por tales aquellos derechos absolutos que la Constitución se limita a proteger.⁴⁸ Centra su crítica en el hecho de que los derechos fundamentales representarían una suerte de estatismo legalista que tendría como efecto rebajar los derechos absolutos a libertades públicas meramente legales y se correría el riesgo de una inflación de derechos en los nuevos textos constitucionales.⁴⁹ Para este autor, en el proceso de evolución histórica de los derechos absolutos se ha llegado a un punto en que se han perdido los presupuestos de los derechos absolutos, esto es, derechos vinculados a la noción de persona y representativos, básicamente, de límites frente a la acción del Estado. De ahí se desprende que los dos principales riesgos que ve son una inflación de derechos, tanto en lo que dice relación con los contenidos como en los sujetos protegidos,⁵⁰ y el paso desde los derechos como libertades hacia los derechos como deber de prestación por parte del Estado, con lo que se permite el abuso de los derechos,⁵¹ poniendo en discusión de esta forma el carácter de derechos naturales de aquellos derechos que no se correspondan con estas características, aunque los contemple el texto constitucional.

Marie Ann Glendon, desde una óptica anglosajona, no critica el concepto de los derechos fundamentales como lo hace Pereira, sino que plantea una visión crítica respecto del *lenguaje de derechos* que se ha desarrollado a partir de la idea de derechos fundamentales; en particular, critica el hecho de que esta perspectiva poco ayuda a fortalecer la protección de los individuos en el sistema americano.⁵² Para esta autora, toda la teoría desarrollada en torno a la noción de derechos fundamentales, en

⁴⁵ Ésta fue la postura de Kelsen, quien objetó la condición de derechos subjetivos de estos derechos; véase Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa, 1995, pp. 139-142.

⁴⁶ Hemos optado por tratar aquellas teorías críticas de los derechos fundamentales y no aquellas que los niegan, ya que éste es un debate que escapa a las pretensiones de este trabajo.

⁴⁷ Antonio Pereira: *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 361, 262. Es interesante ver en este autor la fuerte influencia del discurso de Schmidt.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 264.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 362-3.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 398-9.

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 406-411.

⁵² Mary Ann Glendon: *Rights talk. The impoverishment of political discourse*, Nueva York: The Free Press, 1991, p. 171.

particular, la perspectiva de los derechos que se ha alejado de los principios de dignidad humana y libertad para entrar en pretensiones interminables, no es sino un reflejo del individualismo que ha impregnado la sociedad americana.⁵³ Esta perspectiva basada en la idea de derechos ha perdido de vista los roles tradicionales de prevención sobre los que deben fundar su actuación los operadores del sistema jurídico;⁵⁴ además, se ha permitido permear toda la sociedad con su discurso, llegando incluso al ámbito familiar y reflejándose cabalmente en la prensa.⁵⁵ Por último, Glendon señala que es ilusorio pensar que el discurso de los derechos va a ser de utilidad para detener los abusos en el ámbito público y en el privado.⁵⁶

A partir de estas críticas a la idea de derechos fundamentales podemos formular algunos comentarios a la luz del impacto de ellas han tenido en el constitucionalismo chileno. Pereira discute la noción de los derechos fundamentales en la forma en que éstos se han expresado en la segunda mitad del siglo XX, en particular, la ampliación de los derechos y los sujetos protegidos. Dicho cuestionamiento puede verse reflejado en parte importante de la doctrina constitucional chilena,⁵⁷ con todos los riesgos que implica una visión limitada de los derechos fundamentales que ignore los avances que ha significado la ampliación de los derechos a los campos de los derechos de participación y los derechos sociales, fiel reflejo del actual consenso valórico que implica que los textos constitucionales deben ser capaces de incorporar derechos que reflejen las pretensiones morales de libertad, igualdad y dignidad humana; lo que es más grave es que esta visión ignora estos derechos aun cuando están reconocidos por el texto constitucional, privándolos de su carácter de derechos fundamentales.

Por su parte, la crítica que Glendon formula al enfoque de los derechos nos parece más atendible, toda vez que ella apunta a los efectos perversos de la exageración que puede implicar depositar la solución de todos los problemas que enfrenta una sociedad en la resolución a través de los alegatos de derechos y, por tanto, la judicialización de éstos. Si bien el enfoque nos parece adecuado en el sentido de sostener que el debate debe enfocarse en el fortalecimiento de la actividad deliberante como una buena alternativa al individualismo,⁵⁸ no podemos compartir una crítica a toda la cultura de los derechos y la posibilidad cierta que da a las personas para protegerse frente a casos de violación de sus derechos fundamentales. Esto no es sino una conquista frente al Estado, en la terminología de Dworkin, que debe ser preservada, cuidada y delimitada para que no caiga en el descrédito que plantea Glendon. Es más,

⁵³ *Ibíd.*, pp. 171, 173.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 175-176.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 178.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 182.

⁵⁷ Para un estudio crítico en esta materia véase Ruiz-Tagle: "Una dogmática general...": o. cit. (n. 37).

⁵⁸ Glendon: o. cit. (n. 52), 178-179.

no vemos argumento alguno que nos convenza de que la deliberación también puede presentarse en el marco del debate sobre la resolución de casos en el ámbito jurisdiccional.

4. Estructura de los derechos fundamentales

4.1. Fuentes de los derechos fundamentales

En primer lugar, trataremos el sistema de fuentes de los derechos fundamentales. Un interesante aporte en esta área lo formula Peces-Barba, quien define las fuentes de derechos fundamentales en términos amplios, “como todo lo que en el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales”.⁵⁹

¿Cómo se generan los derechos fundamentales en la Constitución chilena a la luz de la propuesta de Peces-Barba? La tesis de este autor es especialmente interesante en el caso chileno, ya que, en virtud de la reforma constitucional del año 1989, se incorporaron a la Constitución las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados vigentes en Chile (artículo 5, inciso 2.º).⁶⁰ De esta forma, se han ampliado las fuentes de los derechos fundamentales, ya que éstos no sólo serán creados por el acto fundacional del texto constitucional, sino que también serán creados materialmente en las instancias internacionales. Si bien el texto constitucional es claro, la jurisprudencia parece no haberlo asumido, y un ejemplo de ello es la sentencia sobre la inconstitucionalidad del proyecto de Ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo,⁶¹ en el cual se cita constantemente dicha norma pero se omiten las referencias a los instrumentos internacionales.

Un segundo elemento interesante a partir de la noción de Peces-Barba es la idea de que no sólo las fuentes formales a que estamos acostumbrados son fuentes de los derechos fundamentales, sino que es preciso mirar a todo el ordenamiento jurídico y la capacidad de configuración de estos derechos. En este sentido, tendrán calidad de

⁵⁹ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 489.

⁶⁰ Artículo 5: “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”.

Para un análisis en detalle véase Cecilia Medina y Claudio Nash: “Manual de derecho internacional de los derechos humanos para defensores públicos. Sección doctrina”, en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, n.º 1, diciembre 2003, pp. 63-71.

⁶¹ Tribunal Constitucional de Chile, causa rol 226-1995.

fuentes de los derechos fundamentales los actos emanados del Poder Legislativo que los configuren; también podrán serlo los actos administrativos que actúen en esta línea; finalmente, la actividad judicial será central para configurar el contenido y el alcance de estos derechos, en la medida en que para resolver de las causas que sean puestas en su conocimiento vayan configurando su contenido práctico.

Algunos comentarios:

1. Si bien la tesis de Peces-Barba puede parecer, en un primer momento, inaplicable en nuestro sistema constitucional, toda vez que éste parecería regular un sistema de fuentes formal estricto, creemos que un análisis fino de dicha tesis puede abrir un amplio espacio para vincular a todas las autoridades del Estado en la configuración de los derechos fundamentales. Si bien nuestro texto constitucional parece claro en la generación de normas por los órganos del Estado, tanto las normas de rango constitucional como legal, la tesis en estudio permite tener una visión más abierta en materia de fuentes de los derechos fundamentales, con un acercamiento al tema que haga posible considerar como fuentes creadoras de estos derechos no sólo a los actos de origen constitucional o legal, sino también a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales en cuanto capaces de configurar su contenido y alcance.

2. Una tesis amplia como la que estudiamos no puede dejar de considerar la necesidad de un control democrático en la formulación de los derechos fundamentales. Éstos deben ser expresión de actos democráticos, en cuanto a su contenido de legitimidad institucional proveniente de actividades enmarcadas en los mandatos constitucionales, y ser respetuosos de los procesos de decisión democrática.

3. En esta perspectiva es fundamental definir el rol de los órganos del Estado y la generación de normas de derechos fundamentales. Cada órgano debe tener definido su campo de actuación en forma clara y actuar dentro de él con un estricto apego a los valores y principios del sistema, y con la limitación y guía de los derechos fundamentales.

4. Las autoridades del Poder Judicial, tanto en el nivel constitucional como legal, deben cumplir un papel primordial en la efectiva aplicación de las normas de derechos fundamentales y por esta vía controlar el proceso de legalidad.

4.2. Principios estructurantes de los derechos fundamentales

La doctrina comparada plantea los derechos fundamentales como expresión de valores iusfundamentales que son recogidos por los textos constitucionales y, agrega Favoreu, también consagrados por los instrumentos internacionales.⁶² Los derechos fundamentales están vinculados con el valor que los inspira y ciertas particularidades

⁶² Louis Favoreu: *Droit Constitutionnel*, París: Dalloz, 1998, pp. 777-877.

o modalidades para la concreción de dicho valor; además, pueden expresar un principio en términos generales (como el principio de libertad en el derecho alemán) o bien mediante normas especiales o concreción particular de derechos (catálogo general de derechos). En esta línea podemos señalar que los valores que recogen los autores son: libertad, igualdad, prestación, solidaridad y seguridad.⁶³ Si bien algunos de ellos se repiten y otros se omiten, estas diferencias no deben llevarnos a una conclusión errada, ya que en el momento de dar contenido a estos valores generales los autores desarrollan contenidos particulares que hacen coincidir los resultados.

4.2.1. *Tesis de Peces-Barba*

Desde una perspectiva historicista, este autor distingue como valores esenciales o, en sus términos, *pretensiones morales* positivizadas a la libertad, la seguridad, la solidaridad y la igualdad.⁶⁴ Sostiene que el valor central es de la libertad y los otros valores girarán en torno a éste o, al menos, estarán estrechamente vinculados a él. En cuanto a la *libertad*, distingue entre la libertad como no interferencia, como libertad para hacer o libertad positiva, y la libertad de participación. La *seguridad*, entendida como un ámbito de certeza vinculado con la libertad moral, se manifiesta frente al poder, el derecho y la sociedad. La *solidaridad* es entendida en perspectiva histórica como valor capaz de fundamentar indirectamente los derechos a través de los deberes que le son impuestos al Estado. Finalmente, los derechos de *igualdad* pueden manifestarse como igualdad ante la ley (formal) e igualdad material, relacionada con las necesidades básicas y con la propia libertad.

4.2.2. *Tesis de Alexy*

Este autor analiza el contenido de los derechos fundamentales desde su particular versión dogmática-analítica a partir del texto de la Constitución alemana. Es interesante el análisis que hace desde una perspectiva de un derecho general a la libertad, a la igualdad y a las acciones positivas del Estado.⁶⁵ Distingue, en el caso de la *libertad*, la libertad negativa de la libertad socioeconómica; vincula la libertad con el principio de la dignidad humana; desarrolla tres niveles de la libertad (esfera íntima, esfera privada y esfera social); trata la idea de derechos de libertad tácitos; establece formas de protección del principio de libertad y limitaciones al derecho de libertad y vincula todo con la idea de ponderación; y, finalmente, desarrolla las normas iusfundamentales protectoras de la libertad. En cuanto a la *igualdad*, trata la noción de la igualdad

⁶³ Véase Peces-Barba: o. cit. (n. 10); Alexy: o. cit. (n. 40).

⁶⁴ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), respectivamente, véase 215 ss., 245 ss.; 261 ss.; 282 ss.

⁶⁵ Alexy: o. cit. (n. 40), respectivamente, véase 331 ss.; 381 ss.; 419 ss.

ante la ley en un sentido amplio, capaz de obligar al legislador; aborda la tesis clásica sobre la igualdad y las posibilidades de un trato discriminatorio; distingue entre la igualdad de iure y la igualdad de hecho analizando las relaciones entre ambas. Finalmente, desarrolla los derechos fundamentales vinculados a las *acciones positivas* del Estado o derechos a prestaciones de éste y, en particular, entra en el análisis de los derechos fundamentales sociales y los derechos de protección.

4.2.3. *Planteamiento integrador*

A partir de esta visión comparativa podemos intentar una visión integradora del contenido de los derechos fundamentales. Nuestro punto de partida será una concepción normativa del individuo (no metafísica), propia del pensamiento liberal igualitario: los individuos deben ser tratados como libres e iguales.⁶⁶ Desde esta perspectiva parece más simple y lógico señalar que los valores que estructuran los derechos fundamentales son los de libertad y de igualdad (acogiendo para ambos el análisis de modalidades o particularidades que desarrolla Alexy). No compartimos la propuesta de Peces-Barba en cuanto a dar un carácter autónomo y diferenciado al elemento *seguridad*, toda vez que éste es un principio que debe estar presente en cada uno de los derechos fundamentales, tanto de carácter general como especiales, como un elemento constitutivo de cada uno y no como derechos de carácter autónomo, ya que ello debilita el contenido de los derechos fundamentales.⁶⁷ En cuanto al valor *solidaridad*, no nos parece que constituya un valor en sí mismo, ya que dice relación con la concreción del principio de igualdad en su faceta material y, tal como lo señala el propio Peces-Barba, podrá ser un buen argumento que por vía indirecta funde otros derechos, pero no lo consideramos un valor en sí mismo.

4.2.4. *La estructura de los derechos fundamentales en la Constitución Política chilena*

A efectos de un análisis de los derechos consagrados en la CPR, parece adecuado seguir la conceptualización integradora que hemos reseñado. Es necesario aclarar que los valores que sostenemos fundan el contenido esencial de los derechos fundamentales: la relación de los principios de libertad e igualdad con la noción de dignidad de la persona. La idea de la dignidad nos parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un metavalor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, así como un criterio que

⁶⁶ Sobre los alcances de una concepción normativa de persona, en el ámbito de la teoría política y en especial en el pensamiento de Rawls, véase Hugo Selemé: *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid: Marcial Pons, 2004.

⁶⁷ Para un interesante análisis sobre el lugar que ocupa la seguridad, véase Mora: o. cit. (n. 28).

sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación, pero no debe constituir una categoría por sí misma. Consideramos la dignidad como un valor y, como tal, ubicado dentro de lo axiológico, por lo que utilizarlo como categoría normativa parece forzado y poco útil.

De esta forma, deberíamos analizar cómo se manifiestan en la CPR los derechos de libertad e igualdad y cómo se ha garantizado su protección, tanto desde el punto de vista de los procedimientos como del de la organización del aparato estatal. En cuanto al contenido de los derechos de libertad e igualdad, seguiremos básicamente el contenido o las modalidades que desarrolla Alexy. Si bien su estudio es relativo a los derechos fundamentales en la Constitución alemana, al desarrollar una noción general del derecho de libertad e igualdad nos entrega los elementos esenciales que constituyen el núcleo de los derechos, lo que nos permite utilizarlo a la luz de nuestra propia Constitución Política.

En la CPR los *derechos de libertad* son el núcleo que ha seguido el constituyente, la columna vertebral del entramado de derechos del artículo 19. Así, en el texto constitucional encontramos manifestaciones de la libertad negativa o libertad de protección en el artículo 19, numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24, en los cuales el Estado debe preocuparse de no intervenir en la actividad de los privados y debe proteger ese ámbito de libertad personal en las esferas íntima, personal y social (usamos la terminología de Alexy). También desarrolla la CP los derechos de libertad en sentido de libertad para la participación (en esto seguimos a Peces-Barba), en el artículo 19, numeral 14.

Los *derechos de igualdad* los encontramos consagrados como derecho de igualdad ante la ley en el artículo 19, numerales 2 y 3; como igualdad de formulación del derecho y trato en los numerales 17, 20 y 22; como manifestaciones de una cierta igualdad de hecho en el numeral 18, en materia de prestaciones de seguridad social. Finalmente, como manifestaciones de derechos de igualdad en cuanto a normas de mandatos de organización del aparato del Estado nos encontramos con los numerales 9 y 10, relativos a la protección de la salud y el derecho a la educación. Dejamos estos dos numerales para el final, ya que a través de ellos podemos afirmar nuestra tesis en cuanto a que los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional a través de su artículo 19 son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos que son clásicamente derechos de igualdad de facto, como la salud y la educación, en nuestro texto constitucional se establecen como mandatos de organización y actuación del Estado y no como derechos exigibles directamente de éste, como sí ocurre con las normas vinculadas con libertades negativas, salvo en cuanto al inciso tercero del numeral 10, que establece claramente un derecho a la educación gratuita.

4.3. Las obligaciones que emanan de los derechos fundamentales

4.3.1. Contenido y alcance de las obligaciones del Estado

Para hacer comprensible la estructura de los derechos fundamentales debemos hacer una referencia a las obligaciones que debe asumir el Estado como destinatario de estos derechos. Las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales son dos: *respetar* el contenido central de cada derecho (ya sea a través de acciones positivas o abstenciones) y *garantizar* adecuadamente su goce y ejercicio (a través de procedimientos y organización de la actividad estatal).

Entre las medidas que debe adoptar el Estado podemos distinguir: acciones de cumplimiento, las que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención), y medidas afirmativas, las que implican acciones destinadas a la superación de ciertas situaciones de discriminación y se caracterizan por afectar ciertos derechos de los grupos mayoritarios y ser esencialmente temporales.

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

En cuanto a la obligación de garantía de los derechos, ella implica una especial organización de la función estatal que permita el pleno goce de los derechos. Sobre esta obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

Esta obligación [garantizar] implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁶⁸

Este criterio nos parece muy iluminador respecto del alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, ya que vincula directamente a toda la organización estatal, sin excepciones, con su libre y pleno goce y con un énfasis especial en la necesidad de tomar las medidas jurídicas adecuadas con dicho fin.

Para el evento de que las medidas preventivas fallen y un derecho sea violado, el Estado debe garantizar una reparación adecuada; además, en aquellas violaciones graves de derechos, deberá comprometer su actuar con el fin de investigar, sancionar y condenar a quienes hayan incurrido en dichos actos de violación, ya sean agentes públicos o privados.⁶⁹

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ct. IDH), caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párr. 166.

⁶⁹ Sobre los alcances de las reparaciones en materia de derechos humanos véase Claudio Nash: *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 7-50.

4.3.2. *Las obligaciones a la luz de la Constitución Política de Chile*

Respecto de las obligaciones del Estado, la Constitución chilena consagra una norma que nos parece central: el artículo 6, sobre las “bases de la institucionalidad”, que expresamente establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales,⁷⁰ dentro de las cuales se encuentran no sólo las normas del artículo 19, sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5 de la CPR). De esta forma, las obligaciones del Estado deberían ser comprensivas de la actividad de todos sus órganos respecto del catálogo de derechos establecido en el propio texto constitucional, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile. Sobre esta base, se construye un diseño institucional que determina que todos los poderes del Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones, deberán tener en consideración las obligaciones de respeto y garantías de los derechos fundamentales.

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

4.4. *Solución de conflictos y restricciones de derechos fundamentales*

4.4.1. *Visiones desde la doctrina*

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

Un primer acercamiento interesante es el que nos propone Chemerynsky,⁷¹ en el contexto del constitucionalismo norteamericano, quien plantea un sistema para la solución de conflictos sobre la base de cuatro criterios: a) determinar si se está ante un derecho fundamental; b) si está el derecho fundamental infringido; c) si hay una justificación suficiente para que se haya infringido el derecho fundamental, y d) si los medios usados están suficientemente relacionados con los propósitos perseguidos.⁷² No hay duda de que éste es un esquema interesante para ser aplicado en casos de

⁷⁰ “Art. 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

”Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

”La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁷¹ Erwin Chemerynsky: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen Law, 2001.

⁷² *Ibíd.*, pp. 698-700.

conflicto de derechos en el sistema constitucional chileno, en la medida en que permite seguir un orden lógico en la construcción de un razonamiento para la resolución de los casos con relevancia en materia de derechos fundamentales, tanto ante los tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional.

A su vez, Rex Martin⁷³ parte de la base de que debemos tener una visión de conjunto del sistema en el cual los conflictos tendrían que ser evitados al máximo por una buena redacción de las normas, mandato que debería seguir todo cuerpo legislativo y que sería de gran relevancia que fuera asumido por el legislador chileno. Propone un modelo de procedimiento para evitar los conflictos basado en los siguientes elementos: distinción entre regulación y restricción (la partición define el área protegida y la regulación modifica aquellas actividades que quedan dentro del concepto); conflictos con otro tipo de valores jurídicos; la permanencia de las restricciones sólo se explica con base en el beneficio mutuo percibido por los ciudadanos. En resumen, el esquema sería: a) particiones; b) identificar principales regulaciones internas; c) establecer importancia selectiva de zonas de superposición.⁷⁴ Desarrolla este autor también la idea de un conjunto armonioso de derechos en el cual el legislador no sólo debe armonizar derechos particulares, sino que debe tener en cuenta en qué contribuiría un ordenamiento general coherente de las libertades básicas, las prevenciones de daños y las prestaciones de servicios.⁷⁵ Esta idea de la coherencia tiene enorme importancia para el sistema chileno, porque a partir de este principio, sostiene Martin, dentro de derechos fundamentales no puede haber jerarquía; sí puede haber importancia selectiva, según el criterio de cercanía al núcleo del derecho y el ejercicio colectivo frente al individual;⁷⁶ ambos criterios son sin duda más adecuados que una tesis de jerarquías generales como las que ha sostenido la dogmática y la jurisprudencia nacional.

Finalmente, parece interesante revisar la propuesta de Schneider,⁷⁷ para quien, cuando los derechos fundamentales no derivan de mandatos legislativos expresos, autorizan sólo una configuración o limitación relativa, lo cual es una limitación a las facultades del Legislativo para resolver en la norma infraconstitucional posibles conflictos de derechos.⁷⁸

Hay ciertos derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de protección que no tienen un carácter absoluto, sino que pueden ser objeto de legítimas restricciones. Toda restricción a los derechos convencionales, para su legiti-

⁷³ Rex Martin: *Un sistema de derecho*, Barcelona: Gedisa, 2001.

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 139-144.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 145.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 147.

⁷⁷ Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 75.

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 85-92.

midad, debe cumplir ciertos requisitos: debe estar expresamente establecida por ley; debe perseguir uno de los objetivos legítimos señalados por la propia normativa internacional sobre derechos humanos; debe ser necesaria para la consecución de tales objetivos, y deben ser proporcional al fin buscado, esto es, no debe ir más allá de lo estrictamente requerido por la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado.

En cuanto al límite de legalidad, las restricciones que se establezcan a los derechos convencionales, en aquéllos en que la Convención expresamente así lo permite,⁷⁹ tanto respecto de las condiciones generales como de los elementos fácticos que la autorizan, deben estar establecidas por ley.

El objeto legítimo supone que las restricciones al ejercicio de los derechos convencionales deben tener un objeto legítimo. Dichos objetivos, en los términos de la propia normativa internacional, son el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral pública y los derechos y libertades de los demás. Respecto del contenido de cada uno de estos objetivos, la Convención no da mayores elementos, dejando a los Estados la solución práctica. Pero dicha solución no es discrecional, sino que está expresamente limitada por la condición que pasamos a analizar.

La necesidad de la medida en una sociedad democrática es un requisito que ha surgido en el marco de la jurisprudencia sobre derechos humanos en el ámbito internacional. Por *necesaria* se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados.

Finalmente, debemos tener en consideración que en la legislación internacional encontramos cláusulas generales de restricción o subordinación, las que están generalmente adscritas a la enumeración de las libertades, las cuales pueden ser objeto de restricciones en la medida necesaria para asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás; también la ley puede sujetarlas a limitaciones en la medida indispensable para proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas. Existen asimismo ciertas restricciones de carácter especial que afectan sólo a ciertos derechos.⁸⁰

⁷⁹ Véanse los artículos 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁸⁰ Los principales tratados sobre derechos civiles y políticos prohíben la propaganda a favor de la guerra y la formas de apología del odio nacional, racial o religioso y someten a los Estados a la obligación de prohibir tales conductas por ley, lo que constituye una cláusula especial de limitación de la libertad de expresión (véase, por ejemplo, el artículo 13, número 5, de la CADH y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Otro ejemplo de cláusula especial es la que permite imposiciones de restricciones del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (CADH, artículo 16). Un tercer ejemplo lo ofrece el artículo 21 de la Convención, que permite a la ley subordinar el uso y goce de la propiedad al "interés social".

4.4.2. *Visión comparada y criterios normativos*

Como criterios generales en materia de conflictos y restricción de derechos podemos señalar: a) no debería asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos tendrían que ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona; b) en caso de conflicto de principios, se debería ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto; c) habría que elegir aquel derecho que en mayor medida permita la realización del principio y valor constitucional reflejado en las normas; d) los medios de restricción de un derecho deberían ser proporcionales al objetivo legítimo buscado; e) las medidas de restricción de los derechos en conflicto deberían ser las menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente; f) el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio, como vinculante para todos los órganos del Estado; g) la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

5. **Los usos y las funciones de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales han desarrollado una doble faz: una objetiva, en cuanto se les asigna una función como elemento legitimador, tanto del sistema jurídico como del sistema político democrático; otra subjetiva, en tanto cumplen una función de la protección de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales también han sido usados como un elemento guía a la hora de definir políticas públicas (a través de los derechos fundamentales sociales) y también como un elemento útil para determinar, vía interpretativa, el contenido y el alcance de las normas constitucionales. En este sentido es un tema interesante resolver cuáles son las funciones específicas de los derechos fundamentales y cuáles son los usos que se han hecho de ellos para resolver otras cuestiones en los sistemas políticos y jurídicos.

5.1. *Función de legitimación del sistema jurídico y político*

En la medida en que los Estados hagan un efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, se legitiman los sistemas políticos y jurídicos. Esta visión sostiene que ellos tienen un papel como “principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de derecho”.⁸¹

⁸¹ Konrad Hesse: “El significado de los derechos fundamentales”, en Benda et al.: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Evap-Marcial Pons, 1996, pp. 90, 92.

Una línea argumental en este sentido legitimador la provee el derecho constitucional español, en cuanto a que los derechos fundamentales cumplirían un rol legitimador relevante. Se sostiene que los principios que inspiran el texto constitucional son constitutivos de una “justificación ética del Estado” y éstos son vinculados directamente con los derechos positivizados en la Constitución, a través de la idea de la “dignidad de la persona”;⁸² según el Tribunal Constitucional Español, estos derechos constituyen un elemento esencial de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.⁸³

También en relación con la legitimación de los sistema jurídicos, Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales desempeñan un papel central al determinar la visión que desde el Derecho modela las obligaciones de los poderes del Estado y las funciones de sus órganos, con lo que se desarrolla un vínculo directo entre la organización del modelo de Estado y los derechos individuales, los cuales son el elemento que define el rol de cada uno en un modelo global de sociedad.⁸⁴

5.2. *Función de protección de los derechos subjetivos*

Éste es el sentido clásico de los derechos fundamentales. Deben ser capaces de dar una efectiva protección a los derechos subjetivos de los individuos, por cuanto reflejan valores esenciales para la dignidad del ser humano. La función protectora se manifiesta en: a) la garantía de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales; b) el establecimiento de procedimientos para la protección judicial y organizativa, y c) por vía interpretativa, irradiando el contenido de todo el ordenamiento jurídico.

Esta función integral de protección comprende una visión de los derechos fundamentales como barrera que busca prevenir los ataques del Estado a la esfera de existencia individual, así como la actividad positiva del Estado, que le permita a la persona hacer uso de su libertad en condiciones de igualdad, incluso participando en la formación de la voluntad política.⁸⁵ En el derecho constitucional español se ha reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el papel que cumplen los derechos fundamentales en cuanto *derechos subjetivos* de los individuos;⁸⁶ según los términos de Peces-Barba, esta función subjetiva es amplia e implica un contenido protector, participativo y promocional.⁸⁷

⁸² Francisco Tomás y Valiente: *Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 150, 152, 166.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 153, 168.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli: *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía Política, 2002, pp. 65-119, 142-5.

⁸⁵ Konrad Hesse: o. cit. (n. 81), pp. 90-91.

⁸⁶ Tomás y Valiente: o. cit. (n. 82), pp. 153-155.

⁸⁷ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), pp. 415, 423-426.

Por su parte, Ferrajoli vincula a las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales no sólo la obligación de su respeto, sino también el extraer consecuencias directas de su violación y las obligaciones que ello implica para el Estado. Ello compromete una visión integral de los derechos no sólo como obligación de respeto, sino como garantía integral, y de esta manera concreta bases sólidas para la procedencia de los deberes de protección y garantía de los derechos fundamentales en el plano legal nacional e internacional.⁸⁸

5.3. Funciones de los derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno

5.3.1. Función legitimadora

A partir de lo expuesto en los artículos 1, incisos 1 y 4, 5, incisos 1 y 2, y 6 de la CPR se puede construir un argumento serio en cuanto a que los derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno son un elemento legitimador de las actuaciones de los órganos del Estado y, de esta forma, un elemento central para dar legitimidad a las actuaciones del Estado. En efecto, en el artículo 1 del texto constitucional hay dos elementos centrales desde la perspectiva de los derechos individuales; el primero es la visión de los individuos, que sostiene como “libres e iguales en dignidad y derechos”, y el segundo es el deber del Estado de dar “protección” a la población y “asegurar” el derecho a la participación. Esa visión de los individuos tiene consecuencias centrales en toda la estructura constitucional al delimitar la soberanía del Estado (artículo 5) y fijar la competencia de todos los órganos del Estado (artículos 6 y 7).

Si los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza del Estado” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos que están garantizados por la Constitución, tanto en el propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile, los derechos fundamentales contenidos en el catálogo del texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile serán el elemento que dará legitimidad a las decisiones que tomen todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Pero ésta no es sólo una declaración retórica en la Constitución, sino que tiene importantes implicaciones normativas toda vez que el texto constitucional, en los artículos 6 y 7, fija las competencias de los órganos del Estado, de forma tal que una lectura lógica de las normas debería llevarnos a concluir que el respeto de los derechos por parte de los órganos del Estado es un mandato constitucional. En caso de que alguno no cumpla estas obligaciones, ello tendrá consecuencias en el plano cons-

⁸⁸ Ferrajoli: o. cit. (n. 84), pp. 132-133.

titucional, ya sea generando responsabilidades y/o sanciones para los funcionarios involucrados (artículo 6, inciso final), o bien mediante la nulidad de los actos que excedan las competencias de las autoridades (artículo 7).

5.3.2. *Función protectora*

Los derechos fundamentales en el texto constitucional también cumplen una de las funciones centrales que se les ha asignado, cual es la efectiva protección de los derechos subjetivos de los individuos. En este sentido, el texto constitucional sigue un criterio restrictivo en dos aspectos: en materia de consagración de los derechos y en materia de su protección. Sin perjuicio de estas restricciones, exploraremos una tesis que permita ampliar esta visión sin necesidad de modificar el texto constitucional.

En cuanto a la visión que está consagrada en el articulado de la Constitución, podemos señalar que en ella se ha seguido muy de cerca la visión restrictiva de los derechos que sostiene C. Schmitt, en la cual sólo se establecen como derechos fundamentales aquellos vinculados a la protección negativa de los sujetos, esto es, los que permiten limitar la actuación del Estado respecto del ámbito íntimo de la persona.⁸⁹ Si analizamos el texto del artículo 19 de la Constitución, vemos que los derechos que están consagrados como derechos subjetivos exigibles al Estado son aquellos que establecen ciertas libertades negativas, tales como el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, la libertad de conciencia, entre otros. Si bien se consideran otros derechos, éstos están redactados no como derechos subjetivos sino, más bien, como aspiraciones del individuo o como derechos que pueden ser suspendidos por la autoridad mediante los estados de emergencia, más allá de los parámetros internacionales en materia de suspensión de derechos (artículo 41). Asimismo, aquellos derechos de contenido social no son regulados como derechos sino como libertades (artículo 19, números 9 y 10). En cuanto a la protección procedimental y organizativa de los derechos, no se ha seguido la idea desarrollada en el constitucionalismo comparado en orden a vincular expresamente la consagración de los derechos fundamentales con los mecanismos para su protección, tanto en el plano de recursos efectivos como de organización del Estado.

Es evidente que la Constitución chilena tiene una visión restrictiva en materia de protección a través de recursos procedimentales de carácter constitucional; ejemplo claro de ello es el carácter restrictivo de la protección constitucional a través del artículo 20 (recurso de protección), en cuanto sólo garantiza algunos derechos constitucionales. De esta forma, el texto constitucional no contempla un recurso sencillo y rápido para la protección de todos los derechos fundamentales tal como lo exige la normativa internacional.⁹⁰

⁸⁹ Véase Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Universitaria Textos, 1992.

⁹⁰ Artículo 25, numeral 1: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que

Sin perjuicio de la visión crítica del texto constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales, nos parece que es posible formular una argumentación que a la luz del propio texto constitucional permita que éstos cumplan su función protectora. Tal como hemos sostenido en este estudio, los derechos fundamentales son un elemento legitimador de las actuaciones de los órganos del Estado y, de esta forma, no sólo deben tenerse en consideración los derechos consagrados en el artículo 19, sino que éstos deben ser analizados a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con todo su acervo jurisprudencial.

En efecto, conforme a lo preceptuado en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política, los derechos esenciales de la persona humana están constituidos por el catálogo de derechos consagrados en el artículo 19 y por los catálogos de derechos de los tratados internacionales, además de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos, que comprenden la obligación de respeto y garantía, entendiéndose por tal la obligación del Estado de organizar todo el aparato público para el debido respeto de los derechos de los individuos y su ejercicio pleno.⁹¹

Especialmente relevante en este sentido es el control judicial (por medio del Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia) para velar por el respeto de los derechos fundamentales en cada una de sus actuaciones, sin que pueda excusarse de cumplir con este mandato constitucional por la ausencia de una norma superior a la legal en caso de conflicto, ya que en la resolución de conflictos de derechos siempre se deberá recurrir al texto constitucional y a los derechos fundamentales como criterio de interpretación, y hacer prevalecer aquella interpretación que permita un efectivo goce y ejercicio de los derechos consagrados constitucionalmente.

6. La garantía de los derechos fundamentales: alcances normativos sobre la unidad de los sistemas de nacionales e internacionales

6.1. El principio de interacción

En términos generales, sostengo que los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía, y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el *principio de la interacción*.⁹² Entiendo por interac-

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁹¹ Ct. IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párr. 166.

⁹² También el tema de la interacción ha sido tratado por Cançado Trindade; véase “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago: Jurídica de Chile, 2001, pp. 267-315.

ción entre los sistemas nacionales e internacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales es uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se defina la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación.

6.2. Interacción normativa

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y velar por su integridad de sentido y función.⁹³ Llamamos *interacción normativa* a la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional, es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales.⁹⁴ Sin embargo, no podemos olvidar que ambos sistemas tienen una lógica particular y, por tanto, esa interacción normativa requiere un esfuerzo de adecuación de los estándares según cada lógica: la protección internacional se desarrolla a través de formas que buscan prevenir las violaciones de derechos fundamentales por medio del control y la guía de los actos estatales, permitiendo a los Estados adecuar sus prácticas internas y no sólo su legislación;⁹⁵ la instancia nacional debe preocuparse de organizar todo el aparato del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Todo ello apunta a la idea de Peces-Barba en orden a que esta interacción normativa requiere una *homogeneidad estructural*,⁹⁶ que implica buscar las mejores garantías en el plano nacional e internacional, sin que la aplicación de ninguno de estos sistemas pueda implicar un menoscabo a los derechos reconocidos al individuo. Dicho esto debemos señalar que la homogeneidad estructural debe tener en consideración

⁹³ Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 66.

⁹⁴ Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, véase Peces-Barba: o. cit. (n. 10), pp. 655-659.

⁹⁵ Medina y Nash: o. cit. (n. 60).

⁹⁶ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 664.

los límites establecidos por el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, que nos permite hablar de ciertas obligaciones *erga omnes*, esto es, normas establecidas en beneficio de la humanidad como un todo, en cuyo respeto todos los estados tienen interés y, por tanto, son obligatorias para el Estado, aun sin haber concurrido con su voluntad expresamente, lo cual constituye un sistema dual de protección y límite al sistema interno.⁹⁷

6.3. *Interacción jurisdiccional*

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

Esta perspectiva está claramente expresada en el principio del agotamiento de los recursos internos, esto es, en el establecimiento de la condición de que el caso sea visto por la instancia nacional antes de ser llevado a la jurisdicción internacional.⁹⁸ Sólo excepcionalmente la persona tiene la posibilidad de dirigirse directamente ante la instancia internacional y será en aquellos casos en que no es posible hacerlo ante la instancia nacional, ya sea por imposibilidad material o por imposibilidad práctica. La protección jurisdiccional internacional está llamada a determinar la compatibilidad de la conducta estatal con sus obligaciones internacionales, pero también tiene la función de garantizar los derechos de los individuos interpretando adecuadamente las normas, señalándole al Estado las medidas que debe adoptar para evitar la repetición de los hechos violatorios y reparar a las víctimas. Ello nos lleva a rechazar una visión meramente subsidiaria de la jurisdicción internacional.

En resumen, lo central para la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. En esa lógica, los sistemas nacionales deberán guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente; si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Así, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las garantías procesales deberán adecuarse para cumplir con los estándares internacionales; el recurso de incons-

⁹⁷ Ackerman: *We the people*, o. cit. (n. 3); Cristi y Ruiz-Tagle: o. cit. (n. 1).

⁹⁸ Medina y Nash: o. cit. (n. 60), pp. 29, 37. Para un estudio comparado véase A. A. Cançado Trindade: *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983, 1-443.

titucionalidad en materia de derechos fundamentales deberá ser resuelto a la luz de la normativa internacional y de su jurisprudencia; deberán establecerse en el ámbito interno recursos sencillos y rápidos que garanticen los derechos fundamentales; el recurso de hábeas corpus (recurso especial) también deberá cumplir con la normativa y los criterios internacionales, tanto en lo formal como en sus efectos.⁹⁹

6.4. *Corpus iure garantista*

Finalmente, debemos tener en cuenta que el conjunto de la normativa internacional e interna en materia de protección de los derechos fundamentales constituyen normas intangibles, fuera del alcance del voluntarismo estatal y, por tanto, un límite a la soberanía. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.

Todo este sistema debe estar estructurado sobre las bases de un nuevo orden público internacional cuya piedra angular sean las normas *ius cogens*, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales, ya sea nacional o internacional. Estas fuentes deberían constituir la base de todo sistema de protección y en torno a ellas desarrollar un sistema coherente, sin las limitaciones propias del voluntarismo estatal vigente desde el siglo XVII.¹⁰⁰ Para ser consecuentes con este *corpus iure* de protección con base en normas superiores a la voluntad del Estado, debemos estructurar un sistema normativo (normas, instituciones, prácticas jurisprudenciales) que permita al individuo la posibilidad de invocar en el plano nacional la normativa constitucional e internacional y recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional internacional.

⁹⁹ En esto hemos seguido el esquema de protección jurisdiccional de Pérez Luño: o. cit. (n. 10), pp. 79-93.

¹⁰⁰ En este sentido son especialmente interesantes las elaboraciones teóricas que ha desarrollado el juez Cançado Trindade en sus votos razonados en sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; véase Ct. IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez*, sentencia de 29 de abril de 2004, serie C, n.º 105; caso *Herrera Ulloa*, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, n.º 107; caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.