

SEGUNDA PARTE

DOG MÁTICA DE LOS DERECHOS ESENCIALES DE LA PERSONA HUMANA

I. DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DERECHOS HUMANOS

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.

1. *La dignidad de la persona como fundamento suprapositivo y supraconstitucional*

Ser persona es un rango que sólo tienen los seres humanos, careciendo de dicha dignidad los seres infrahumanos.

La persona conserva su dignidad desde el nacimiento hasta su muerte. No hay nada más valioso e importante en la creación que la persona humana, que toda persona, que cualquier persona.

Las personas nunca pueden ser instrumentos, sino que siempre por su dignidad reclaman un respeto de ser siempre sujetos y no objetos, por ser siempre fin en sí mismos, lo que llama al reconocimiento de su personalidad jurídica y todo lo que necesita para vivir dignamente.

Esta dignidad de la persona implica reconocer al otro como otro yo, en las relaciones interpersonales, como asimismo, corresponde especialmente al Estado reconocer, garantizar y promover la dignidad y los derechos humanos removiendo los obstáculos que se oponen a ello.

La dignidad de la persona emana de su naturaleza de ser moral, de ser libre y racional, por su superioridad sobre todo lo creado, por ser siempre sujeto de derecho y nunca instrumento o medio para un fin. La persona es el valor jurídico supremo y su dignidad es independiente de su edad,

capacidad intelectual o estado de conciencia. La dignidad de la persona es la que se le debe a la persona en su calidad de tal, lo que es adecuado a la naturaleza humana como ser personal, su respeto es la base del Estado de derecho.

La dignidad de la persona no es posible definirla, sólo podemos apreciar en cada realidad concreta su vulneración, la que se concreta cada vez que perturbamos, amenazamos o privamos de sus derechos esenciales a la persona, cada vez que la denigramos o humillamos, cada vez que la discriminamos, cada vez que ponemos obstáculos para su plena realización, cada vez que el Estado la utiliza como un medio o instrumento de su propio fin.

De esta forma, la dignidad de la persona constituye una realidad ontológica supraconstitucional al igual que los derechos que le son inherentes el Estado y la Constitución sólo la reconocen y garantizan, pero no la crean. Así, el Estado y el ordenamiento jurídico que lo regula debe excluir cualquier aproximación implementalizadora de la persona, toda visión del Estado totalitario o autoritario como fin en sí mismo. Ser persona es ser un fin en sí mismo. Se viola la dignidad humana cuando la persona es convertida en un objeto o se constituye como un mero instrumento para el logro de otros fines.

A su vez, como sostiene González Pérez, la dignidad de la persona se refiere sólo al ser humano, no a las personas morales o jurídicas, tal como también lo señala Lautaro Ríos.¹⁹³ La dignidad de la persona constituye el fundamento de la libertad, la igualdad y de los derechos. La dignidad fundamenta la obligatoriedad moral y jurídica de respetar los bienes en que consisten los derechos humanos.

La dignidad de la persona tiene un contenido integrador de los vacíos o lagunas existentes en el ordenamiento jurídico y en la propia Constitución, de reconocimiento de derechos implícitos.

La dignidad de la persona es un elemento de la naturaleza del ser humano; corresponde a todos por igual, a diferencia de la honra o prestigio de las personas o de la dignidad de las funciones que la persona desarrolla, que son bienes que pueden aumentar, disminuir o incluso desaparecer, dependiendo de cada persona y de las circunstancias concretas.

¹⁹³ Ríos, Lautaro, “La dignidad de la persona”, *Discurso inaugural de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Mimeo, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, noviembre de 1994, p. 20.

Son esta dignidad y los derechos esenciales que se desprenden de ella, los que deben ser protegidos, garantizados, efectivizados y promovidos, a través de mecanismos eficaces en el ámbito nacional e internacional o supranacional.

Sin embargo, la persona humana no es una abstracción ni un individuo aislado; la persona es un ser social; convive con las demás personas en sociedad y actúa en el complejo mundo de la vida social y política. Asimismo, los derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona humana deben ser examinados no en forma aislada, sino formando parte del complejo sistema de derecho, los que se interrelacionan y se limitan recíprocamente.

Como juristas nos interesa analizar el tema y reflexionar sobre él, desde nuestra especialidad, el derecho público, intentando desarrollar una dogmática y hermenéutica que contribuya a consolidar en nuestra sociedad y nuestro desarrollo jurídico nacional e internacional la concreción de la dignidad y de los derechos fundamentales o derechos humanos. Nos interesa contribuir con estas reflexiones a formar conciencia y conductas coherentes con la dignidad de la persona y los derechos, lo que es fundamental para lograr un Estado constitucional de derecho más real y eficaz, una convivencia internacional más humana, en la que sea posible el desarrollo integral de la persona humana, de cada persona humana y de todas las personas humanas dentro del bien común, tanto nacional como internacional.

La conciencia universal de respeto a la dignidad humana

Sólo al término de la Segunda Guerra Mundial todos los pueblos de la tierra inician una nueva etapa de convivencia pacífica, la que tiene como su fundamento la dignidad de la persona humana, tal como lo declararon los estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, aprobando la resolución de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas”.

Luego, la Asamblea General de Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948, que constituye el primer texto de alcance universal que reconoce la dignidad de la persona y los derechos esenciales o fundamentales que derivan de ella.

En efecto, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama su fe “en la dignidad y el valor de la persona humana” y determina que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Sin embargo, esta declaración universal, la de mayor trascendencia conocida por el género humano hasta entonces, se encontró con la falta de voluntad por cumplirla y la ausencia de instrumentos jurídicos eficaces para garantizar los derechos en ella contenidos.

Con objeto de superar dichos problemas vienen luego los pactos o tratados internacionales de derechos humanos, de ámbito mundial y regional.

En el ámbito americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948, dada en la IX Conferencia Interamericana desarrollada en Bogotá, Colombia, y por tanto, anterior en varios meses a la Declaración Universal, se complementará con la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 11.1 establece el principio esencial de que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

A su vez, a nivel planetario ya se había aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que los estados firmantes establecen que: “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, reconociendo que tales “derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana” y considerando que los derechos que se contienen en el pacto, los estados parte se comprometen “a respetarlos y a garantizarles a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”. Dicho pacto entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

En el mismo lugar y con la misma fecha se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con un fundamento similar al Pacto anterior, donde los estados parte se comprometen a reconocer y garantizar los derechos que el pacto fija, entre ellos asegurar a los trabajadores “condiciones de existencia digna para ellos y para sus familias” (artículo 7o.) y “el derecho de toda persona a un nivel de vida

adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, que entra en vigencia el 3 de enero de 1976.

En el ámbito regional europeo, surge en 1950 el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, mientras que en el ámbito regional africano, el 29 de junio de 1981 se aprueba en Nairobi la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, reconociéndose la dignidad de la persona y sus derechos inherentes.

En la dignidad de la persona humana tienen su fundamentos otros pactos, convenios o declaraciones, como son las declaraciones: Sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas (9 de diciembre de 1975); la Declaración de Derechos del Nio de Naciones Unidas (20 de noviembre de 1959); la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (7 de noviembre de 1967); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid (30 de octubre de 1973); la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965); la Convención sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 y en vigencia desde el 3 de septiembre de 1981; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, aprobada el 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigencia el 26 de junio de 1987; la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, entre otras.

Como señalaba el papa Juan Pablo II, el 22 de diciembre de 1979 dirigiéndose a los cardenales: “Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre, pero también nunca como hoy ha habido afrentas tan patentes a estas declaraciones”.¹⁹⁴

Cuánto tiempo más habrá que esperar, como señalaba la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII, para que se pueda garantizar “con eficacia los derechos del hombre, derechos que, por brotar inmediatamente de la dignidad de la persona humana, son universales, inviolables e inmutables”.¹⁹⁵

194 Cit. por González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1986, p. 28.

195 *Encíclica Pacem in Terris*, párrafo 145.

Uno de los esfuerzos fundamentales que deben hacerse, como ya lo ha señalado Bobbio, no es tanto “de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.¹⁹⁶

Esta búsqueda de procedimientos eficaces que lleven a una garantía real de los derechos humanos que permitan hacer efectiva la dignidad de la persona es un esfuerzo de los más trascendentes en que están empeñados los estados como la comunidad internacional, el derecho interno como el derecho internacional de los derechos humanos, en un esfuerzo complementario, convergente y progresivo.

2. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional

Es la dignidad humana que se identifica con la libertad y estrechamente unida e interrelacionada con la igualdad, entendida esta última como reconocimiento de la misma naturaleza y derechos a todos los seres humanos, como lo afirma nuestra carta fundamental en el inciso 1o. del artículo 1o., el que sostiene: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”. Hay así, una fuerte vinculación interna entre dignidad de la persona, libertad e igualdad, como la trilogía ontológica que configura el núcleo de los derechos humanos y fundamenta los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

La dignidad de la persona en cuanto realidad espiritual y moral, inherente al ser humano, ha sido realizada por el Tribunal Constitucional Español señalando que “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en

¹⁹⁶ Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, 1981, p. 7.

el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (STC 120/1990, de 27 de junio).¹⁹⁷

Existe así un derecho a la dignidad, el cual opera aun cuando caduquen todos los demás derechos asegurados por la carta fundamental. Tal es el presupuesto establecido además, en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las cuales establecen que la idea de los derechos fundamentales tiene su raíz en la dignidad y en el valor de la persona humana, los cuales son inherentes a la naturaleza del ser humano (artículos 1o. y 5o., respectivamente).

En esta misma perspectiva, la primacía constitucional, última que tiene la dignidad de la persona humana en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en muchos otros ordenamientos constitucionales europeos y americanos, está vinculada con valores fundamentales, como son la libertad y la igualdad. De dicha tríada emana la raíz de los derechos fundamentales, los cuales no son comprensibles al margen de los principios superiores del ordenamiento jurídico antes señalados.

La dignidad de la persona constituye el fundamento de los derechos y el principio fundamental y central de todo nuestro ordenamiento jurídico. Siguiendo a Maihofer, la garantía de la dignidad de la persona tiene un triple significado jurídico. En primer lugar, se constituye en un derecho esencial, a partir del cual se pueden deducir todos los demás componentes del sistema de derechos esenciales o derechos humanos; en segundo lugar, constituye una norma fundamental de la carta fundamental, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que la componen; en tercer lugar, constituye la base material sobre la cual se construye la estructura organizativa del Estado.

Asimismo, con González Pérez podemos señalar que el principio de la dignidad de la persona, cumple la cuádruple función de primero, fundamentar el orden jurídico; segundo, orientar la interpretación del mismo; tercero, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas, y determinar una norma de conducta; y cuarto, eventualmente, un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁹⁸

197 Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, núm. 39, p. 202.

198 González Pérez, J., *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 87-94.

La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en sujeto del Estado, al cual éste debe servir, dentro de su finalidad de bien común.

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 1o., determina que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, la misma disposición agrega que el Estado “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”.

Normas similares encontramos en muchas Constituciones europeas, como por ejemplo, la Constitución de Italia, la cual, en su artículo 1o. sostiene que: “Italia es una República democrática basada en el trabajo”, agregando el artículo 2o. que: “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad”; la Constitución alemana, en su artículo 1.2, el cual señala que el pueblo alemán reconoce “los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”; la Constitución griega, en su artículo 2.2, sostiene, “el respeto y la protección del valor humano constituyen la obligación primordial del Estado”; la Constitución portuguesa, en su artículo 1o., establece que “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular”, y su artículo segundo agrega que la República portuguesa es un Estado de derecho democrático “basado en el respeto y la garantía de la efectividad de los derechos y libertades fundamentales”; la Constitución española, en su artículo 1.1, determina que España es “un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, y el artículo 10.1 agrega que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En el ámbito americano, la Constitución colombiana, en su artículo 1o. prescribe: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, y el artículo

5o. agrega que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; la Constitución de Guatemala, en su artículo 1o. señala que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común”; la Constitución peruana determina en su artículo 1o.: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; la Constitución boliviana, reformada en 1994, en su artículo 6.II. prescribe: “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”; la Constitución de Nicaragua reformada en 1995, en su artículo 5o., determina: “Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político, social y étnico, el reconocimiento de las distintas formas de propiedad, la libre cooperación internacional y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos”; la Constitución de El Salvador, en su artículo 1o., señala que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”; la Constitución de Paraguay, en el artículo 1o., inciso segundo, determina que: “La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

La carta fundamental chilena, en el mismo artículo primero, inciso final, señala que el Estado tiene “el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Ello obliga a remover los obstáculos que impidan o dificulten tales objetivos y a desarrollar una labor positiva destinada a que la libertad y la igualdad de las personas y cuerpos intermedios en que ellas se integran sean reales y efectivas, norma que nos recuerda tanto el artículo 3o. de la Constitución italiana, el cual determina que “todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”, agregando en el inciso segundo: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva

de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”,¹⁹⁹ y el artículo 9o., núm. 2 de la Constitución española, el cual señala: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Todo ello muestra cómo nuestra Constitución, al igual que otras Constituciones modernas, se preocupa de ir concretando, a través de aproximaciones sucesivas, una mayor humanización de la sociedad y una mayor personalización de los individuos, en una democracia cada vez más desarrollada y una convivencia más justa y pacífica, en el marco del Estado de derecho constitucional (artículos 1o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la Constitución), todo lo cual forma parte de las bases esenciales del sistema jurídico chileno.

Estos valores, como sostiene Eduardo García de Enterría, “constituyen la base del ordenamiento, lo que ha de prestar a éste su sentido propio, lo que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”.²⁰⁰

La unidad del ordenamiento, nos dice García de Enterría, expresada en unos principios generales de sentido, expresada en unos principios generales del derecho, que al intérprete toca investigar o descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema que la comunidad ha hecho de unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada —y todos lo son para la Constitución— podr desconocer ese cuadro de valores básicos y todos deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores.

Nuestro Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia Rol número 19, asume la misma perspectiva, al establecer: “Que el artículo 1o. de la carta fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que

199 Calamandrei, Piero y Levi, *Comentario sistemático alla costituzione Italiana*, Firenze, 1960, vol. I, p. CXXXV; Romagnoli, Umberto, “Il principio d’iguaglianza sostanziale”, *Comentario della Costituzione*, a cura de Giuseppe Branca, artículo 1o., Bologna, 1975, pp. 162 y ss.

200 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 97 y 98.

refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”, a su vez, ha aplicado el principio hermenéutico de la interpretación sistemática y finalista, en la sentencia rol, núm. 245, del 2 de diciembre de 1996, entre otras, sealando que las normas constitucionales deben interpretarse “en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales y a los valores que inspiran al texto” (considerando 42).

El Tribunal Constitucional chileno, como complemento de la perspectiva anterior, por regla general, ha hecho aplicación de la regla de hermenéutica constitucional de que: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas deber ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía” (STC, rol núm. 33, del 24 de septiembre de 1985; rol núm. 42, del 26 de enero de 1987; rol núm. 43, del 24 de febrero de 1987; rol núm. 245, del 2 de diciembre de 1996), con la única excepción significativa, y de importantes repercusiones políticas, del fallo del 12 de mayo de 1989, sobre el proyecto de ley que regula los distritos electorales, donde hizo primar el tenor literal del artículo 43 de la carta fundamental, por sobre la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, la igualdad ante la ley, el sufragio igualitario, el contenido esencial del derecho a un sufragio de igual valor, entregando amplia libertad a la Junta de Gobierno de aquel entonces para estructurar arbitrariamente los distritos electorales, pese a la abundante doctrina y jurisprudencia de tribunales constitucionales y cortes de justicia en sentido contrario (Consejo Constitucional de Francia, Tribunal Constitucional alemán, Corte Suprema y otras cortes estatales norteamericanas, tribunales japoneses, etcétera).

Como lo ha sostenido también la Corte Suprema de Colombia:

las Constituciones no tienen su fin en sí mismas; son instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables; de modo que, cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, el problema no es sólo de formalidad legal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad, pues las normas jurídicas sólo existen y sirven, en tanto permitan hacer vivos esos valores. Si se quiere vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no sólo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extra constitucionales, a las cuales es ne-

cesario referir toda interpretación y explicación de las normas positivas, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario al derecho, y a un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia.²⁰¹

En la misma perspectiva, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que:

...la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de los fines, al logro de los cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez, que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuando sustento del orden que la carta instaura y, por tanto, toda norma —sea de índole legislativa o de otro nivel— que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto.²⁰²

El destacamiento de tales partes materiales como básicas dentro del texto constitucional resulta, además, de su protección reforzada a través del procedimiento extraordinario o especial de reforma de la Constitución, con el cual están protegidos el capítulos I y III de la Constitución, donde se encuentran también las decisiones por el Estado unitario descentralizado, por la República democrática y por el Estado de derecho (decisión por la supremacía constitucional y la vinculación directa a la Constitución de todas las normas, el principio de legalidad, el principio

201 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia núm. 51 del 19 de mayo de 1988.

202 *Ibidem*, sentencias núms. C-479/95 y 477/95.

de responsabilidad, etcétera). Aparece sin fundamento el no establecimiento de la reformalidad reforzada de los derechos de nacionalidad y derechos políticos del capítulo II de la Constitución.

La interpretación conforme a la Constitución de todas las normas del ordenamiento jurídico, tiene la correlación lógica o dogmática en la prohibición de “cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”.²⁰³

La normatividad de los valores se prueba con la existencia de las denominadas “normas constitucionales inconstitucionales” con las cuales se pone énfasis en la primacía hermenéutica de los valores, hasta dejar sin aplicación las normas constitucionales que sean contradictorias con su sentido.²⁰⁴ En el caso chileno podemos recordar, en tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable la disposición transitoria de la Constitución, que hacía operable el Tribunal Calificador de Elecciones sólo para las elecciones parlamentarias posteriores al plebiscito de 1988 de ratificación del candidato presidencial determinado por los comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas y el general director de Carabineros, estableciendo la obligación de establecerlo previo al plebiscito de 1988 (sentencia rol 33, del 24 de septiembre de 1985).

Los derechos humanos constituyen la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad.

Los derechos humanos o derechos esenciales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, constituyendo el fundamento del orden jurídico.

3. El fundamento suprapositivo de los derechos humanos y su concepto

Sobre el fundamento de los derechos humanos y su concepto, pueden sostenerse diversas perspectivas.²⁰⁵ Consideramos que al estar fundados

203 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 102.

204 Así ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional europea en Alemania, Italia, Suiza, Francia, España y en la de Estados Unidos, con su posición preferente de los cuatro derechos fundamentales de la primera enmienda constitucional.

205 Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Argentina, Astrea,

los derechos humanos en una perspectiva suprapositiva, como lo reconoce nuestro ordenamiento constitucional, ya que éste sólo asegura, garantiza y promueve tales derechos, los que constituyen “un límite a la soberanía” (artículo 5o., inciso 2) del Estado, nuestra carta fundamental acepta una concepción *iusnaturalista*, de acuerdo con la cual podemos asumir un concepto de los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreten las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”,²⁰⁶ como asimismo garantizados efectivamente, agregaríamos nosotros.

Desde otra perspectiva, Peces-Barba, desde un punto de vista subjetivo, define los derechos como:

derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos so-

1991; Padilla, Miguel, Lecciones sobre derechos humanos y garantías, Argentina, Abeledo-Perrot, 1986, 3 ts.; Muguerza, Javier *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.

Cessece, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991; Marquiset, Jean, *Los derechos naturales*, Barcelona, Oikos, 1991; Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, España, Tecnos, 1984; Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 2a. reimpr., España, Debate, 1991; Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, España, Debate, 1992; Squella, Agustín, *Estudios sobre derechos humanos*, Valparaíso, Edeval, 1991.

Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, 4a. ed., Madrid, Universitaria Complutense, 1983; Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 179; Schneider, P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional y democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, España, 1979, núm. 7, pp. 33 y ss.; Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Perú, Ediciones Jurídicas, 1994.

²⁰⁶ Pérez Luño, Antonio, *op. cit.*, p. 48.

ciales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.²⁰⁷

De ambas definiciones nos quedamos con la de Pérez Luño, con el agregado que hemos introducido, ya que es más acorde con nuestro ordenamiento constitucional en materia de derechos.

Concepto que no es tautológico, como el de Fernández Galiano, quien señala que los derechos fundamentales son “aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana...”,²⁰⁸ ni formalista, como afirma Javier Muguerza.²⁰⁹ En efecto, tal concepto no sólo concreta ciertas exigencias humanas, sino que alude al carácter histórico de su concreción; deja espacio a los ordenamientos jurídicos para el reconocimiento positivo de tales derechos, tanto a los aspectos normativos del proceso de positivación como a las técnicas de su protección y garantías. Tal concepto tiene un cierto carácter teleológico, ya que preserva algunos valores últimos, como son la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad. Tal concepto puede conjugar la exigencia ius naturalista de la fundamentación de los derechos y las técnicas de positivización y protección de ellos.

A. *Los derechos humanos, derechos fundamentales o esenciales en la Constitución chilena y el derecho comparado*

La norma jurídica positiva no crea los derechos humanos. Su labor está en reconocerlos, convertirlos en obligación jurídica y garantizarlos jurídicamente, como lo determina expresamente nuestra Constitución en sus artículos 1o. y 5o., inciso 2; encabezamiento del artículo 19 y artículo 19, núm. 26.

En efecto, el artículo 5o., inciso 2 prescribe: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado

207 Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, España, Universidad Carlos III de Madrid, p. 469.

208 Fernández-Galiano, A., *Derecho natural: introducción filosófica al derecho*, Madrid, CEURA, 1988, p. 126.

209 Muguerza, Javier, *op. cit.*, p. 21.

respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

El artículo 19 de la Constitución seala: “la Constitución asegura a todas las personas”, y luego se enumeran en forma no taxativa derechos protegidos. A su vez, el artículo 19, núm. 26 garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Los derechos humanos representan la decisión básica del Constituyente, a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica.

Los derechos humanos constituyen un sistema entre cuyos componentes no pueden existir contradicciones de orientación ni de sentido.

Los derechos humanos constituyen el parámetro de conformidad, de acuerdo con el cual deben ser interpretadas todas las normas del ordenamiento jurídico, desde las propias normas constitucionales hasta la última resolución administrativa.

Los derechos humanos deben interpretarse al tenor del consenso general sobre los valores a los que responden y cuya realización constituye su tarea y fin.

Los derechos humanos son así, como lo reconoce expresamente nuestra Constitución, aquellos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Así, la tutela constitucional de los derechos humanos se inscribe en el marco más amplio del derecho internacional informado por valores comunes, que trasciende la esfera estatal, por decisión del propio Constituyente. La carta fundamental se inserta así en un contexto internacional y supranacional en materia de derechos humanos, por lo que tales derechos deben ser interpretados de acuerdo con las claves hermenéuticas del derecho internacional de derechos humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas las normas sobre derechos humanos contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas convencionales que son internacionales y, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la

soberanía, vale decir, al poder constituyente instituido o derivado y a todos los órganos y autoridades estatales.

De un modo similar en el ámbito latinoamericano, la Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46, establece el principio de que “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La carta fundamental de Nicaragua de 1987, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, artículo 4o., determina que “la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. Prevalencia de los Derechos Humanos”. A su vez, el artículo 5o., numeral 1, ordena que las normas que definen “los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, como asimismo, que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios de ellas adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

La Constitución de Colombia de 1991 establece que: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno; los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

A su vez, la Constitución argentina ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860, que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no ser n entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. A su vez, la reforma constitucional argentina de 1994, en su artículo 75, que establece las atribuciones del Congreso, numeral 22, enumera los tratados con jerarquía constitucional:

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Nio; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Muchas Constituciones establecen un catálogo de derechos abierto. La primera en hacerlo fue la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, la cual, en su novena enmienda establece que “la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo”, perspectiva seguida por la Constitución argentina, uruguaya y venezolana, entre otras.

La Constitución de Venezuela de 1961, en su artículo 50, señala que la enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La misma norma contiene la Constitución de Uruguay en su artículo 72: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Podemos señalar así, que en América latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que está otorgando rango constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales que com-

plementan los derechos enumerados por las propias Constituciones, enumeración no taxativa y que admite derechos implícitos.²¹⁰

Esta perspectiva es asumida también por algunas constituciones europeas, entre ellas, por la Constitución de Portugal, que en su artículo 16 precisa que: “Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualquiera otros que consten en las leyes y las reglas aplicables de Derecho Internacional, a su vez, el artículo 17, determina que “El régimen de los derechos, libertades y garantías es aplicable a los enunciados en el título II y a los derechos de naturaleza análogos”; de un modo similar, la Constitución italiana en su artículo 2o., señala: “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad”; la ley fundamental de Bonn, en su artículo 1o., prescribe: “1. la dignidad del hombre es sagrada constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”; la Constitución española de 1978, en su artículo 10 establece: “1. la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Los derechos esenciales o fundamentales no son sólo derechos que limitan el poder del Estado, sino que son derechos que deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto, siendo el elemento más fundamental y básico de la concepción del Estado.

Es por ello que la Constitución de Chile, en su capítulo I, “Bases de la institucionalidad”, afirma la dignidad de la persona y sus derechos fun-

210 Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, 3a. ed., Santiago, Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1994, pp. 133-176.

damentales y la obligación para todos los órganos y poderes estatales de respetarlos, asegurar su protección y promoverlos.

Los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común.

La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República democrática y del Estado de derecho.

La denominación utilizada de derechos “fundamentales”, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus 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 estatus jurídico-constitucional de la persona es un estatus jurídico material de contenido concreto, no disponible por la persona, los poderes públicos, los organismos internacionales y los organismos supranacionales.

En tal perspectiva, hay bastante jurisprudencia en el derecho constitucional comparado, sólo a modo ejemplar tenemos la Corte Constitucional de Italia, la que ha emitido un conjunto de sentencias sobre los “principios supremos” del ordenamiento constitucional que identifican, como establece Cervati, un “núcleo de principios inderogables incluso para las mayorías que pudieran reformar la Constitución: este núcleo inviolable comprendería tanto los principios fundamentales del ordenamiento constitucional como los derechos inalienables de la persona humana (Corte Constitucional, sentencia 183 de 1973; 30 de 1971; 12 de 1972; 175 de 1973; 1 de 1977 y 18 de 1982).

B. La eficacia retroactiva de los derechos fundamentales

El tema de la retroactividad de los derechos está vinculado a la retroactividad de la Constitución. La carta fundamental es una norma jurídica

cuantitativamente distinta de las demás normas, en cuanto ella contiene los valores fundamentales que constituyen la convivencia política. Esta especial naturaleza tiene implicancias sobre las normas anteriores que deben ser valoradas desde la Constitución misma, lo que produce diversos efectos que es necesario tener en consideración.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español (STC 5/1981, del 2 de febrero), las disposiciones anteriores opuestas a la misma, pierden vigencia para regular situaciones futuras, existe así una derogación tácita de ellas, al haber una inconstitucionalidad sobreviniente de las normas incompatibles con la Constitución, doctrina que también ha mantenido la Corte Suprema chilena.

Respecto de los derechos esenciales o fundamentales, la significación retroactiva de la Constitución se acentúa, lo que se explica por la finalidad misma de la carta fundamental que es el fundar un orden de convivencia política hacia el futuro en materia de derechos, pudiendo tener efecto retroactivo, en el sentido de “poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución” (STC Español 9/1981, del 31 de marzo). Tal perspectiva, implica asumir la existencia de una colisión de principios enfrentados, por una parte, el principio de justicia y el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, que lleva a maximizar el cuidado por la justicia en el caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados, y por otra parte, el principio de seguridad jurídica, lo que debe ser resuelto caso a caso.