

Cuestión II

Derechos constitucionales

Relación

Gastón Gómez

Los derechos que se reconocen al individuo son bienes, espacios o esferas que se reservan a este para que pueda, de manera autónoma, determinar su vida. Se trata de bienes que configuran y dan sentido a la vida humana, de modo que sin ellos esta resulta desvalorada o sencillamente pobre. Su reconocimiento implica aceptar que los seres humanos decidirán el curso de sus vidas conforme el plan que de modo libre escojan (Nagel 1996), lo que inevitablemente da lugar al “hecho del pluralismo” (Rawls 1971) y a variadas formas de vida (Humboldt 1996). No todas las sociedades políticas contemporáneas se organizan de este modo, pero ahí donde se ha hecho seriamente fructifican prácticas sociales vigorosas y la cultura, el arte, la riqueza y la solidaridad se han expandido como en ninguna otra. La técnica más exitosa en los sistemas políticos actuales para proteger y asegurar esos bienes, espacios o esferas, es la de transformarlos en derechos subjetivos públicos o derechos fundamentales situándolos en la Constitución, de modo que el Estado no los desconozca. Al estar situados en esa posición –la Constitución– los derechos adquieren el carácter de límites y/o exigencias al poder político del Estado –los derechos son “contramayoritarios” (Dworkin 1984)– que los posiciona más allá del regateo de la política diaria (Rawls 1971).

Si lo anterior es así, la consagración de derechos en una Constitución –en cualquier sistema político– admite los siguientes puntos de reflexión: qué bienes a título de derechos fundamentales constitucionales se consagrarán; cuál es el tipo y jerarquía de la norma que los regula, limita y complementa (en vistas a otros bienes constitucionales); eficacia de la norma de derechos fundamentales: ¿se aplica al Estado y/o también a las relaciones entre particulares (*drittwirkung*)?; régimen de garantías generales que se les aplica; catálogo de acciones constitucionales creadas para tutelar el derecho frente a los intentos de desconocimiento; y, por último, el

“lugar” que le cabe al derecho convencional internacional de los derechos humanos en la protección interna de los derechos. Estos puntos deben tomarse en cuenta a un mismo tiempo: ello quiere decir que cada vez que se proponen derechos o se intenta perfeccionar los existentes, todos estos problemas convergen.

1. Bienes que a título de libertades y derechos deben protegerse (conforme lo señalado más arriba)

El catálogo de derechos que establece la Constitución de 1980, a la luz de los trabajos publicados, tiene algunos defectos, a saber, (a) es un catálogo antiguo que se hizo para la realidad política de 1978; (b) no ha sufrido una revisión completa para ajustarlos al avance del tiempo, los cambios demográficos y las nuevas realidades sociales, en particular, las tecnologías y el “hecho del pluralismo” que la economía de mercado y la sociedad han generado; (c) presenta inconsistencias con los derechos consagrados en tratados internacionales que Chile se ha comprometido ante el mundo a promover y respetar. Con todo, el catálogo de la Constitución de 1980 –también– parte correctamente del reconocimiento de ciertos derechos, libertades e igualdades indispensables para la sociedad moderna; este reconocimiento recoge también la evolución constitucional de las instituciones del país.

El catálogo puede ser completado, mejorado y perfeccionado. Pero, ¿es necesario efectuar este esfuerzo?, ¿es en la práctica deseable un catálogo exhaustivo de derechos?, ¿no sería deseable o complementario asignarle valor de fuente del derecho a la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) o de la Corte Suprema (CS) en sede de protección, cuando esta última no se pronuncia sobre la estimación subjetiva de un derecho?

Una revisión exhaustiva (pero breve) de este catálogo en relación con los programas de gobierno y diversos artículos de profesores arroja la siguiente orientación: (a) nuevos derechos que podrían (según sugieren los programas de gobierno) agregarse al catálogo de derechos de la Constitución; (b) los derechos implícitos creados por las sentencias del TC y la CS, y su papel en el ordenamiento; (c) derechos, libertades e igualdades que vale la pena pensar en mejorar, perfeccionar o corregir en su redacción; (d) situación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC); (e) nueva organización en el texto constitucional de los derechos fundamentales.

(1.a) Nuevos derechos fundamentales. Según el programa de gobierno de la Nueva Mayoría (PGNM)

La aspiración más fuerte del constitucionalismo es asegurar que los derechos fundamentales constituyan no solo normas que limiten –al menos– el poder estatal e informen la legislación, sino que den lugar a prácticas institucionales y sociales coincidentes con ellos. En este sentido, los derechos son promesas llamadas a persistir. No basta, entonces, con consagrar detalladas aspiraciones, ni deseos o “disposiciones casi suicidas”, “promesas imposibles de cumplir” o cláusulas que “ponen los pelos de punta” (Sartori 2003), sino que debe sopesarse con cuidado el tipo de derecho subjetivo público a que da lugar la garantía institucional y judicial, y los bienes que se “sacrifican” por su consagración. La referencia a Sartori da cuenta del problema del constitucionalismo mágico: algunos textos constitucionales latinoamericanos (Ecuador, Venezuela, Bolivia y Brasil) dan cuenta de una “elefantiasis” que solo se explica porque no se pretende seriamente llevarlos a efecto. Si es verdad lo que sostiene Raz, esto es, que un derecho presupone que un aspecto de mi bienestar es el fundamento para atar a otro a una obligación (Raz 2001) –y generalizamos esta definición de derecho jurídico a los derechos fundamentales– entonces todo derecho, aunque no del mismo modo, presupone un balance complejo entre reservas individuales, bienes sociales comprometidos e instituciones. Y ello debe ser evaluado con seriedad.

Una pregunta interesante es, entonces, ¿cuáles son los criterios o razones para adscribirle a un bien ese rótulo de derecho fundamental, tomando en cuenta lo señalado? ¿Es preferible, en cuanto a derechos fundamentales, una Constitución de detalle o de principios? Sobre todo tomando en cuenta que los derechos pueden convertirse en reglas que restringen (y legitiman) la democracia diaria.

El único programa de gobierno que ofrece un nuevo catálogo de derechos es el PGNM que, aunque gestado con el afán de obtener votos para acceder al Gobierno, hoy sabemos influye decisivamente en su agenda. Se trata de un catálogo muy interesante. Es una visión completa de los derechos que se desea plantear, y que por primera vez (a mi juicio) publicita una candidatura presidencial. Se puede consultar en el anexo de esta sección. Tal vez una manera adecuada de leerlo es confrontarlo con la Constitución actual en: (i) derechos que ya están reconocidos; (ii) derechos que modifica o corrige, con más o menos sentido; y (iii) derechos “nuevos”.

(1.a.i) Entre los derechos que se repiten o parafrasean están los siguientes: derecho a la vida, integridad física y psíquica, derecho a la igualdad, derecho a la libertad y seguridad personal, derecho a la libertad de conciencia, derecho de reunión, derecho a la nacionalidad, algunos de los derechos de ciudadanía (sufragio, cargos populares) y asociación (en diversas modalidades, social, política, etc.).

(1.a.ii) Los derechos que modifican su estructura ampliándose o cambiando de fisonomía, dando lugar en algunos casos a “normas objetivas” que exigen comportamientos determinados del Estado: *El derecho a la vida*: se afirma que existe un derecho a la “integridad moral”; se exige la prohibición de la pena de muerte; y el Estado debe prohibir toda forma de violencia física y de género. *El Derecho a la igualdad y no discriminación*: se agregan prohibiciones expresas de discriminar en función del “sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; se exige igualdad “dentro de la familia en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos e hijas”; y se impone que el Estado debe actuar para modificar los padrones socioculturales basados en la idea de “inferioridad o superioridad de algunos de los sexos”. *Derecho al debido proceso*: la proposición es la de cambiarlo por el de tutela judicial efectiva y que la descripción de las garantías del debido proceso incluya tanto el proceso civil como penal, la presunción de inocencia, no ser juzgado por la misma causa, y la prohibición de declarar contra uno mismo. *Libertad de opinión y de información*: se propone cambiar su texto por la “libertad de expresión” (más amplio) y de pensamiento, todo, sobre la base de las normas de la Convención Americana. *Derecho a desarrollar libremente actividades económicas*: al parecer, el texto propone cambiar su estructura de una libertad de acción regulada por las “normas legales que lo regulen” a un derecho limitado por la ley, cambiando, en suma, su naturaleza constitucional. Dice: “Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, con las limitaciones establecidas en la ley”. No dice nada respecto de las exigencias que el Estado pudiera tener para iniciar actividades económicas privadas. *El derecho de propiedad*: se propone, pienso, cambiar la construcción normativa del derecho de propiedad constitucional, agregando la definición alemana de “la propiedad obliga” y que su “uso debe servir al mismo tiempo al bien común”. Con ello se plantea que el derecho nace vinculado a su obligación (que no se describe) y luego se afirma indirectamente que la propiedad no está limitada por su función social (circunscrito a las cinco categorías constitucionales), sino que el uso de la propiedad está limitado por el “bien común”, ampliando

las categorías de limitación de la propiedad a todo cuanto requiera el bien común. Parece ser un cambio de impredecibles consecuencias. Además, se cambia la esencia de la propiedad y de la “herencia” (sería bueno aclarar este concepto), afirmando que la ley delimitará su contenido, que ya no tiene naturaleza constitucional en su esencia (aunque más adelante el PGNM dice que todos los derechos tienen una esencia). *La propiedad sobre las aguas*: el PGNM por una parte declara que existe un dominio público sobre “los recursos hídricos” (la Nueva Constitución debe reconocer el dominio público pleno, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos hídricos) y luego los declara bienes nacionales de uso público en una extensión inusual, conforme el Código de Aguas (se declaran las aguas como bienes nacionales de uso público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares). A ello se agrega una delegación al legislador para determinar las características y extensión del derecho: “Se delegará en el legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad, calidad, seguridad y continuidad del recurso hídrico para todas las personas”.

(1.a.iii) Derechos nuevos y/o normas objetivas de derechos. El PGNM propone incluir en el catálogo algunos derechos fundamentales “nuevos” (en el entendido que no están formalmente en el catálogo vigente, nada más), o bien normas objetivas que obligan al Estado a proponer una legislación o una política. *Derechos “nuevos”*: derecho a la identidad, derecho a la intimidad, derecho a la imagen, derecho al honor, derechos sexuales y reproductivos (identidad y orientación sexual), derecho a la participación política y social, derecho a la protección del Estado a los nacionales, derecho a la buena administración, derecho a la manifestación, derechos colectivos (“Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos pueblos (originarios) y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones, y tradiciones sociales y culturales”), derechos de los niños, niñas y adolescentes. Encontramos normas objetivas de valor: *Derecho a la vida*: se incluyen dos nuevas garantías, la supresión de la pena de muerte (compatible con la esencia del derecho) y que “Es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia de género, en especial la ejercida contra mujeres y niñas”.

Derecho a la igualdad y a la no discriminación: se agregan dos normas objetivas: (a) “la acción del Estado debe instar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta que mantienen estereotipos, prejuicios y prácticas basadas en la idea de inferioridad o superioridad de algunos de los sexos”; y (b) le “corresponde al Estado el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la ley debiera reglamentar medidas de acción positiva que permitan alcanzar la mayor igualdad posible efectiva (temporales, proporcionales, afectación)”, las que no se consideran desde ya “discriminación arbitraria”. En el *Derecho a la libertad de expresión*, se propone “Una ley determinará los límites a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación social, tanto monomedial como multimedial, así como la apertura plural del espectro radioeléctrico, y la distribución del avisaje público, de modo de garantizar el pluralismo informativo y el libre acceso a la información” (se trata de una norma de grandes consecuencias institucionales). En los derechos de niños, niñas y adolescentes se crea una obligación de protección: “El Estado procurará comprometerse a implementar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño o niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación y abuso sexual. Se requiere prohibir el trabajo infantil y cualquier tipo de violencia contra los niños y niñas, sea física o psíquica”.

No cabe duda que se trata de una declaración extensa, que en muchos sentidos procura cambiar la estructura de algunos derechos existentes, propone nuevos y crea normas objetivas que obligan al Estado. Cabría preguntarse: ¿Se trata de una nueva declaración o de una reforma? ¿Cuál(es) criterio(s) guía(n) esta consagración? ¿No se incluyen derechos innecesarios de estar en una Constitución, como los de los menores? ¿Se trata de una declaración fundacional de ciertas políticas del Estado, en el sentido que propone cambiar algunas estructuras a partir de la Constitución?

(1.b) Los derechos implícitos surgidos de las sentencias del TC y de la CS, ¿qué carácter deberían tener en el sistema de significados constitucionales?

Constatemos un hecho. En los últimos años, el TC y la CS han recurrido al expediente de los llamados “derechos implícitos” para alumbrar posiciones o

derechos que estarían “en penumbras”, “se infieren o deducen”, son “necesarios para la plena eficacia de otros derechos”, son conexos o están en la periferia de derechos reconocidos. Estos derechos son los siguientes (formulo esta síntesis para efectuar al final unas preguntas que juzgo interesantes, pero como Cortázar sugirió en *Rayuela*, pueden ir al final y saltarse la descripción):

(1.b.i) Derechos para derechos: para ejercer un derecho hay que poseer otro previo que permite tener el derecho consagrado en la Constitución.

En varias sentencias del TC, este ha planteado que “el derecho a la acción” sería un derecho de aquellos implícitos a la Constitución, específicamente se encontraría “oculto” en el derecho a igual protección en el ejercicio del derecho (Art. 19 N° 3 de la Constitución)¹. Una de las primeras ocasiones en que se pronunció sobre el tema fue a raíz de la inaplicabilidad del Art. 30 del Decreto Ley N° 3.538, Art. que crea la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS)²; dijo el TC:

Séptimo: Que el precepto constitucional –se refiere al derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos– invocado *no establece expresamente* el derecho de las personas de acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, lo que obliga [...] a determinar si tal derecho se encuentra o no incluido en el referido precepto constitucional. [...]

Octavo: Que la pregunta contenida en el considerando anterior debe necesariamente responderse afirmativamente, si se analiza en su conjunto el sentido y alcance del numeral tercero del Art. 19. [...] Si [este numeral] asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, la que luego concreta en mecanismos tales como el derecho a la defensa, el derecho al juez natural, al debido proceso y a las demás que contienen los

¹ El TC en su jurisprudencia reconoce el derecho a la acción (en ocasiones lo llama, siguiendo la terminología de la Constitución española, “derecho a la tutela judicial efectiva”) en muchas sentencias, así, ver Rol N° 205 cons. 9°, Rol N° 1380 cons. 10°, Rol N° 546 cons. 8°, Rol N° 792 cons. 8° y 9°, Rol N° 815 cons. 9° y 10°, Rol N° 1467 cons. 10° y 11°, Rol N° 1380 cons. 11° y 12°, Rol N° 946 cons. 28° y 29°, Rol N° 1253 cons. 14°, Rol N° 1262 cons. 20° y 21°, Rol N° 1332 cons. 9° y 10°. En todos ellos trata el derecho a la acción como una condición necesaria y derecho. Aquí no vale la pena insistir en estos conceptos.

² STC Rol N° 546-06 INA.

tres incisos finales del precepto constitucional en análisis, resulta obvio que el derecho de acceder al órgano jurisdiccional *es un presupuesto necesario de todos ellos [...]* ¿Qué sentido tendría que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso financiada por el Estado, si antes no hubiese *supuesto* que quienes tienen derecho a la defensa *detentan también el derecho* a acceder al órgano jurisdiccional?³ [el énfasis es añadido].

(1.b.ii) Derechos fundamentales implícitos originados en derechos constitucionales: el derecho a ser informado.

El TC ha señalado –aunque con titubeos– que subyace a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa “el derecho a ser informado”. Se trata, evidentemente, de dos derechos distintos. Por otra parte, la Corte de Apelaciones sin titubeo alguno ha vinculado el derecho a la libertad de información con otro fundamental e implícito: el derecho a ser informado, agregando, alegremente, “íntegra, veraz y oportunamente”, lo que ha retroalimentado al propio TC que cita este fallo como sustento de sus propias cavilaciones. Reconstruyamos ambos derechos en su contenido y extensión.

El derecho a ser informado fue alumbrado con claridad por el TC en el caso Rol N° 226-95, en la cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación del proyecto de ley sobre “Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo”⁴. El Art. 19 N° 12 de la Carta, que prescribe la “libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, por cualquier

³ Agregó que este derecho era la contrapartida a la proscripción de la autotutela. “Noveno: Que, al razonar de este modo, estos ministros no hacen sino reafirmar la doctrina permanente de este Tribunal, vertida en fallos tales como el dictado en la causa Rol N° 205, en cuyo considerando noveno, el Tribunal dijo que ‘...en un Estado de derecho existen leyes dictadas para ser cumplidas y las personas que entren en conflicto con quienes las infrinjan tienen derecho a recurrir al juez en demanda de justicia. Esta es la compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en la solución de los conflictos’. Similares consideraciones pueden encontrarse en sentencias de 7 de marzo de 1994, Rol N° 184, y de 28 de octubre de 2003, Rol N° 389”.

⁴ Como se ha hecho notar muchas veces, el derecho a ser informado quedó contemplado en el anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al señalar (inc. 3): “Asimismo, la Constitución asegura el derecho de recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional [...]”, si bien en el debate se dejó claro que este derecho se refiere a que cuando “alguien informa, dada la información, ahí existe la obligación de garantizar su debida recepción”, y “lo que se asegura es el derecho a recibir la información que se dé” (ver sesiones N° 235 y N° 236). Luego desapareció de la Constitución sometida a plebiscito.

forma y por cualquier medio”⁵. El considerando clave es el siguiente (cons. 19°); afirma el TC:

Que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, este forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.

Sin embargo, el TC aprovechó de explicar el alcance del derecho, que pasa a ser, en realidad, el derecho a recibir información una vez que las informaciones se producen:

21) Que, si bien este Tribunal aceptará que la disposición requerida no atenta contra el texto constitucional, debe señalar que lo hace solamente en el entendido que el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones. Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el Art. 1° inc. 3 de nuestra Ley Fundamental, y la libertad de opinar y de informar sin censura previa.

⁵ En la Sesión N° 235 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política quedó aprobada la disposición que se refería al derecho a recibir la información en forma veraz, oportuna y objetiva sobre el acontecer nacional e internacional, y en la Sesión N° 236 de la misma Comisión se aclaró el sentido y extensión del precepto aprobado, lo que se desprende claramente de las intervenciones siguientes: “El señor Ovalle prosigue diciendo que el último inciso tiene una inteligencia totalmente distinta. No contiene la obligación de informar, sino que lo que se asegura es el derecho de recibir la información que se dé. De modo que, para que tenga aplicación, para que juegue el inciso final, no es menester que se obligue a alguien a informar. Lo que ocurre es que este inciso juega cuando alguien informa; dada la información, ahí existe la obligación de garantizar su debida recepción. En esa inteligencia concurrió a aprobar el inciso final. Cualquier otra interpretación tendría que rechazarla, porque no se ajustaría al concepto que tiene de la materia y a lo que, según entiende, fue opinión generalmente compartida antes”. “El señor Evans se manifiesta de acuerdo con lo expresado con el señor Ovalle y expresa que adhiere a ese punto de vista”.

22) Que el derecho que se consagra en el proyecto de ley no otorga en ninguna de sus partes una atribución al Estado para exigir que se dé una determinada opinión, noticia o información.

(1.b.iii) El derecho a acceso a la información pública: emanaciones de derechos.

El TC descorrió el velo del derecho de acceso a la información pública en el marco de un recurso de inaplicabilidad⁶, acción en la que debió resolver si el Art. 13 de la ley orgánica constitucional 18.575 era inconstitucional, ya que esa disposición justifica denegar la entrega de documentos o antecedentes de carácter público si “su divulgación o entrega afecta sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido”. Dicha acción se generó por oficio de la Corte de Apelaciones a raíz de la apelación que el Director de Aduanas dedujo en contra de la sentencia definitiva que, a su vez, acogió el amparo de acceso a la información interpuesto por un particular contra dicha autoridad por negarse a entregar determinada información (los detalles aquí no interesan). El TC sostuvo, en definitiva, que la disposición legal infringía una serie de consideraciones, entre ellas, el Art. 8 de la Constitución que declara que son “públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen”, y que admite como límite del acceso si la “publicidad afectare [...] los derechos de las personas...”. Al desarrollar sus argumentos, el Tribunal entendió que todo el problema de la constitucionalidad del Art. 13 de la ley 18.575 se enmarcaba en el derecho a acceso a la información pública, derecho que no está reconocido explícitamente entre los derechos fundamentales de la Constitución, pero que está “implícito”. ¿De dónde alumbró este derecho el TC? El TC ofrece varias razones para ello.

Parte con un argumento de autoridad: que el derecho a acceso a la información pública “no merece duda a la doctrina de los *ius publicitas* y tampoco a la jurisprudencia” (no cita ninguna sentencia ni texto) y luego ofrece algunas razones, aunque su justificación normativa es más difícil. En primer lugar, porque el Art. 4 de la Constitución establece que “Chile es una república democrática” (lo que determina la “responsabilidad de los gobernantes”). En segundo lugar,

⁶ STC Rol N° 634-06-INA.

porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión (disposición del Art. 19 N° 12 de la Carta). En tercer lugar porque “la libertad de informar *incluye el derecho a recibir informaciones*” (cita la sentencia Rol N° 226 cons. 20°). Por último, debido a que se infringe el Art. 8 de la Constitución. Veamos cómo el TC explica estos temas:

(El) derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el Art. 19 núm. 12 de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Este mismo Tribunal como recién se vio ha sostenido que la libertad de informar incluye “el derecho a recibir informaciones” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, cons. 20°).

En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado que en la garantía del N° 12 del Art. 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, “debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que como se ha sostenido por diversos autores, de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa” (Sentencia Roles acumulados N°s. 5527-2001 y 5728-2001, cons. 9°).

Finalmente, porque el Art. 8 de la Constitución “...consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado”.

El TC va a llegar a una conclusión de todo lo anterior:

De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades

unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía (c. 9 / Rol N° 634)⁷.

Un tiempo después, el TC va a reducir las disposiciones constitucionales en las que se funda este derecho implícito. A propósito de la inaplicabilidad de la ley 20.285 (letra h) en lo referido a informaciones privadas (las remuneraciones) solicitadas mediante el procedimiento legal de acceso a la información, dirá:

Cons. 29°: [...] la Constitución igualmente asegura el derecho de acceso a la información pública, en base al Art. 19 núm. 12, y en el Art. 8. En efecto, el Art. 19 núm. 12, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública, lo que [...] ha sido reconocido por esta Magistratura en sentencia Rol N° 634, del año 2007, al señalar que: “[...] el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el Art. 19 núm. 12 de la Carta Fundamental [...]”. (cons. 9°). Además debe tenerse presente que la libertad de informar incluye el derecho a recibir informaciones (STC Rol N° 226, cons. 20°, y Rol N° 634, cons. 9°)⁸.

En este fallo, el TC obvió como fundamento del derecho a acceder a la información pública el Art. 4 de la Constitución, en lo referido a los deberes que entrañan la democracia y a la república. En otra sentencia un año después, definitivamente se excluye el Art. 8 de la Constitución como sustento del derecho; dijo el TC:

Que [...] no consagra el Art. 8 un derecho de acceso a la información. Este, como esta Magistratura lo ha señalado, se encuentra reconocido implícitamente en el Art. 19 núm. 12 de la Constitución (STC 634/2007). Su propó-

⁷ Además, en el cons. 10° dirá: “Que acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida”.

⁸ STC Rol N° 1732 inaplicabilidad cons. 29°.

sito es, por de pronto, garantizar un régimen republicano democrático, que garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos. También, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública. Y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad⁹. El TC mantendrá esta tesis en sucesivos fallos¹⁰.

(1.b.iv) Un derecho implícito contenido en un derecho fundamental: el derecho a la imagen.

El derecho fundamental a la imagen ha sido “creación” de la jurisprudencia de protección. Son innumerables los fallos en los que las cortes han dispensado tutela a personas en situaciones concretas. Muchos de esos fallos fundaban el derecho a la imagen como derivado de la propiedad sobre bienes incorpóreos o tímidamente enunciaban el derecho a la privacidad. En cambio, en el fallo que a continuación reproducimos, la Corte Suprema lo va a definir directamente como un derecho implícito vinculado a la privacidad, aun cuando la situación podría haberle permitido encuadrarla en la propiedad¹¹. El hecho que motiva el recurso de protección consiste en un estudiante cuya imagen es utilizada sin su consentimiento por una empresa electrónica para promocionar audífonos con la imagen

⁹ STC Rol N° 1990 inaplicabilidad cons. 25°.

¹⁰ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inc. 2 del Art. 5 de la ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulado “Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011. “Cons. 15. Que un segundo factor interpretativo, que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el Art. 8 de la Constitución. [...] En primer lugar, su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (STC 634/2007; 1732/2011; 1800/2011; y 1990/2012)”. Dicho Art. 8 no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el Art. 19 n° 12 de la Constitución (STC 634/2007 y 1990/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el Art. 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012). En idéntico sentido, véase Rol N° 2246, cons. 22°.

¹¹ Recurso de Protección, SCS Rol N° 2506-2009, Rol Corte de Apelaciones N° 127-2009.

del recurrente. El producto se incluye en un sitio web. La Corte Suprema revoca la sentencia y acoge el recurso de protección, arguyendo:

Sexto: Que, en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el Art. 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar; empero, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el Art. 19 núm. 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar.

En el cons. 7° de la sentencia hace suyos los argumentos de la doctrina señalando: “Que del derecho a la propia imagen se ha dicho que constituye uno de los atributos más característicos y propios de la persona que, por configurar su exterioridad física visible, obra como signo de identidad natural de la misma; y en cuya virtud “cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo, por quién y en qué forma se capten, reproduzcan o publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso”^{12, 13, 14}.

¹² Cita a Humberto Nogueira Alcalá. “El derecho a la propia imagen como derecho implícito. Fundamentación y caracterización”. *Revista Jurídica Ius Et Praxis*, año 13 n° 2, p. 261.

¹³ En el cons. 5° de la sentencia se señala que el derecho a la propia imagen forma parte del conjunto de los “derechos de la personalidad”, que abarcaría todas aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona, advirtiendo: “Si bien no han merecido un tratamiento normativo determinado, según ha ocurrido con otros atributos de la personalidad, como la capacidad de goce, la nacionalidad, el domicilio y el estado civil, ello no significa que lo concerniente a ese derecho en particular pueda resultar indiferente al ordenamiento, especialmente en el aspecto de su protección y amparo, bastando para ello tener presente que en las bases de nuestra institucionalidad se inscribe el principio que el Estado –y por ende su sistema normativo– debe estar al servicio de las personas, protegiendo y respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

¹⁴ La sentencia precisa en el cons. 11° que el derecho a la propia imagen también pertenece a los bienes incorpóreos protegidos mediante el Art. 19 N° 24, “cuyo legítimo ejercicio le permite a su titular gozar y disponer exclusivamente de su efigie, sin que nadie pueda utilizarla, no mediando previo consentimiento”. En la especie, la CS determinó que la empresa electrónica

(1.b.v) Los derechos implícitos en valores: el derecho al conocimiento de la identidad

El TC ha dado reconocimiento constitucional al derecho fundamental (como habría que llamarlo ahora) a la identidad en algunas sentencias, y lo ha hecho, primeramente, al decretar la inaplicabilidad del Art. 206 del Código Civil¹⁵, norma que limitaba a los hijos póstumos y a los hijos de padres o madres fallecidos después de 180 días de nacidos la acción filiativa de paternidad o maternidad prescribiéndola en tres años (la norma no se refiere a los restantes hijos) y, luego, al tratar la cuestión de la inconstitucionalidad de esta norma. Cabe agregar que el TC en dos ocasiones declaró inaplicable el artículo en cuestión fundándose en que infringe el derecho a la identidad, y en otras dos ocasiones, en cambio, aplicándole la misma sanción al precepto, se basó en una infracción al derecho de igualdad. Sin embargo, el derecho a la identidad surgió como explicación o justificación de los Arts. 188, 199 y 199 bis del Código Civil –recurso que fue rechazado– en tanto dichas normas contienen una diferenciación justificada en la búsqueda de la identidad biológica del menor. En esa oportunidad el TC sostuvo:

La afirmación precedente –que esas normas del Código Civil no violentan el principio de igualdad antes constituyen una diferenciación racional– se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el Art. 1 inc. 1, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad

privó al recurrente “de la posibilidad de obtener un legítimo aprovechamiento derivado del empleo de su propia imagen”.

¹⁵ El Art. 206 prescribe: “Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad”.

humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país^{16, 17, 18}.

Luego agregó en otra causa dirigida a impugnar, ahora sí, el Art. 206 del Código Civil:

El reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana– implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, por-

¹⁶ STC Rol N° 834, cons. 22°.

¹⁷ Rol N° 834 agregó que los artículos de la ley en cuestión tienen como finalidad propugnar al derecho legal a la identidad: “Decimocuarto: Que la sola lectura de la norma cuestionada permite constatar que la eliminación de la facultad judicial de no dar curso a la demanda por no presentarse antecedentes suficientes que hagan plausibles los hechos en que se funda –operada por el Art. 1 de la ley 20.030–, dice relación con todos los procesos judiciales en que se investigue la paternidad o maternidad con el objeto de hacer realidad el derecho a la identidad personal, sin que afecte exclusivamente al requirente de estos autos. Así, no se aprecia cómo o en qué medida los actuales preceptos del Código Civil, cuya declaración de inaplicabilidad se solicita, introducen una diferencia de trato entre aquellas personas que encontrándose en una misma situación –demandados en un reclamo de paternidad– han de abordar la respectiva defensa”.

¹⁸ En el recurso de inaplicabilidad Rol N° 834, al rechazarlo. “Decimoquinto: Que, por su parte, la exigencia que se analiza –aplicable a todo demandado– encuentra justificación en fines legítimos perseguidos por el legislador. Precisamente, en la discusión general del proyecto de ley que dio origen a las normas del Código Civil que hoy se impugnan, llevada a cabo en el Senado, consta la intervención de la Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, señora Pérez, quien afirmó que “es impresionante el efecto de estos procesos, en que están involucrados los derechos de los niños, especialmente el derecho a la identidad, sobre la calidad de vida de esas personas”. El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro, y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales–, pues esta solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad” (c° 14 y 15).

que el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un estatus similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer” (c° 9 y 10)¹⁹.

(1.b.vi) El derecho al libre desarrollo de la personalidad: la autonomía sexual y la dignidad humana.

La impugnación²⁰ por la Defensoría Pública del Art. 365 del Código Penal que tipifica y pena la sodomía consentida con menores adultos²¹, supuso una discusión de implicancias acerca de si el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (u otra disposición), consagrado en el Art. 19 N° 7 de la Constitución, cobijaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad²², en lo

¹⁹ STC Rol N° 1340 cons. 10°.

²⁰ STC Rol N° 1683. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del Art. 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

²¹ Señala el Art. 365 del Código Penal: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

²² Según la sentencia, el requirente defendió del siguiente modo el derecho: “La autodeterminación sexual de las personas, como bien jurídico protegido, ha tenido reconocimiento expreso en la legislación moderna, y [...] al caso de Alemania, en que en el año 1994 se modificó el Código Penal, eliminando la prohibición de la homosexualidad masculina con menores púberes y sustituyéndola por una regla general de protección de abuso de menores. Sostiene que la autodeterminación sexual es una consagración del derecho a la libertad, contenido en el Art. 19 N° 7 de la Constitución, ya que la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente en los delitos contra la libertad. Agrega que la obligación de practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción y eso es un atentado contra la libertad. Lo curioso es que en el caso de la sodomía no se atenta contra la libertad, pues a diferencia de otros delitos sexuales no hay coacción, sino simplemente una relación sexual. Concluye que la afectación a la libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de quien quiere tener una vida sexual plena. Agrega el requirente que la autodeterminación sexual puede considerarse también como parte del derecho a la privacidad consagrado en el Art. 19 N° 4 de la Carta Fundamental, derecho que posee un carácter defensivo, en cuanto esencialmente posibilita la exclusión de terceros respecto de ámbitos de la vida que la persona no tiene interés

referido a autodeterminación sexual. Los hechos que he podido obtener grafican que efectivamente el caso consistía en actos consentidos homosexuales entre un mayor y un “menor adulto” de 14 años. El alegato del defensor se apoya en que la figura penal descrita tipifica y sanciona las relaciones sexuales homosexuales voluntarias, específicamente el acceso carnal del mayor respecto del joven que tiene entre 14 y 18 años, siempre que el acto no sea violación ni estupro, y al hacerlo violenta el principio de igualdad (ya que no están tipificadas las relaciones homosexuales de mujeres, no se sanciona a dos menores adultos que realizan los mismos actos y otros problemas semejantes), se invade la privacidad y se lesiona la libertad individual (en su forma de autodeterminación sexual).

El caso reviste enorme trascendencia porque supone determinar la posición que tiene la autonomía sexual en la Constitución. Lo interesante para el tema de los derechos implícitos es que el TC, al reflexionar sobre la autonomía para configurar la personalidad sexual, va a desarrollar la idea de que este derecho, entendido como la facultad de configurar las opciones de vida compatibles con la opción del bien y de lo justo que se adopten (sin dañar a terceros) y la posibilidad de llevarlas a la práctica (esto último, no señalado por el Tribunal), se encuentra claramente amparada en el principio de dignidad humana del Art. 1. Todo un reconocimiento fundamental. Pero veamos el desarrollo de los argumentos.

Por último, el TC va a concluir:

Cons. 48: Ante todo lo expuesto, se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de que la libertad personal consagrada en el numeral 7 del Art. 19 de la Constitución debe ser entendida como libertad ambulatoria. [...]

Cons. 50: Desde este punto de vista, es posible afirmar que el Constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad ni menos de la autodeterminación sexual. Como ha quedado en evidencia, la tesis original del comisionado

que sean conocidos, y que comprende el desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal. Añade que lo que el Estado considere como conducta sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social, y que la tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica un atentado a la privacidad. Indica que la intromisión en los actos que tienen lugar en la intimidad del hogar con respecto a las cuatro parejas homosexuales es algo propio de un Estado totalitario donde la observancia de los derechos fundamentales es inexistente”.

Silva Bascuñán de proceder en tal sentido fue expresamente descartada y asumida una configuración del derecho consagrado en el Art. 19 núm. 7 de la Constitución, mucho más acotada”.

Ahora bien, en un giro el TC va a declarar que todo lo anterior –esto es, que el constituyente no haya reconocido la autonomía en el derecho a la libertad individual– no es óbice a que debamos reconocerlo, pero no ya en la libertad, sino en la dignidad humana:

Cons. 51: Que el hecho de que el Constituyente haya adoptado la última alternativa reseñada no significa desconocer que el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inc. 1 del Art. 1 de la Carta Fundamental.

(1.b.vii) La libertad de trabajo y el derecho implícito a la protección del trabajo, o como un “su” se transforma en “de”.

La cuestión de si son constitucionales los Arts. 25 y 25 bis del Código del Trabajo obligó al TC a alumbrar en uno de sus fallos la protección del trabajo. El caso se suscitó a raíz de si los tiempos de espera de los conductores de buses interurbanos debía imputarse a su jornada de trabajo y en consecuencia remunerarse. El Art. 25 del Código Laboral establece la norma según la cual “los descansos” (a bordo o en tierra) y “esperas” entre sus turnos laborales no se imputan a la jornada de 192 horas que también determina esa disposición legal. El TC va a acoger el recurso²³ y al hacerlo va a determinar que dichas disposiciones constitucionales consagran la protección del trabajo “mismo” y no solo la libertad de trabajo y “su protección”, debido a la ineludible función social del trabajo y a la dignidad del trabajador. Dice el TC:

²³ Dice el TC: “Sexto: Que la regulación legal de los tiempos de espera del Art. 21 del Código Laboral es concordante con el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo y de su protección. Si la ocurrencia y duración de las esperas que deban cumplir los empleados durante la jornada diaria de trabajo dependen de la discrecionalidad de su empleador, y si durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados”.

En efecto, la protección constitucional del trabajo del Art. 19 núm. 16 de nuestra Carta Fundamental no se limita solo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de este y que pueden exigirse efectivamente del Estado”^{24, 25} (cons. 6).

²⁴ Agrega el TC (Cons. 6): “Por todo lo anterior, es indudable que el legislador no puede liberar al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedican sus trabajadores, ya que de esa forma vulneraría la protección constitucional de que goza el trabajo. En consecuencia, si el legislador califica a priori y sin excepción como no imputables a la jornada diaria de trabajo los lapsos de espera que acontezcan durante la misma por decisión del empleador, excluye la posibilidad de que durante esos lapsos los trabajadores hayan estado sometidos a las instrucciones del empleador. Pero si pese a ello y en el hecho los trabajadores sí se mantienen a disposición del empleador durante tales esperas, ya que aun cuando no presten labores continúan efectivamente sujetos a la autoridad de aquel, quien decide la ocurrencia y duración de tales esperas y exige de sus empleados mantenerse atentos y disponibles en cualquier momento para conducir o desempeñar otras tareas, tal y como ocurre en el caso de autos, el precepto legal que excluye de la jornada de trabajo tales tiempos de espera liberando al empleador de la obligación de remunerarlos debe ser declarado contrario a la protección constitucional del trabajo”.

²⁵ Agregó el TC: “Cons. 7: Que, por otra parte, sucesivas interrupciones de la jornada diaria de trabajo debido a esperas entre los turnos asignados por la empresa, como las que ocurren en el caso de autos, que responden a la organización del tiempo de trabajo que ha decidido el empleador para sacar un provecho más eficiente a su actividad, impiden a los trabajadores cumplir de forma continuada e ininterrumpida las horas diarias de trabajo comprometidas en el respectivo contrato laboral, lo que redundaría en una prolongación del tiempo de dedicación al trabajo, limitando con ello las horas diarias de uso libre y privado que le queda al trabajador. Ello, por cierto, vulnera los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo, todos los cuales están expresamente reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que en virtud de lo dispuesto en el Art. 5 de la Constitución Política de la República complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el Art. 19 N° 16 de nuestra Constitución. En efecto, el Art. 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo”; el Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días

Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el Art. 19 núm. 16 de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida” (cons. 7).

(1.b.viii) Acerca del extraño “derecho fundamental” a la “carrera funcionaria”.

En el Rol N° 239-96 el TC declaró enfáticamente la existencia de un derecho fundamental: el de la carrera funcionaria. Este pronunciamiento se produjo con motivo del control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley, específicamente su Art. 7, que le otorgaba competencia a las municipalidades para establecer sistemas particulares de promoción del personal no docente de los establecimientos educacionales. Al declarar que el Art. 7 era inconstitucional afirmó:

La denominada “carrera funcionaria” en la Administración del Estado, que es un derecho fundamental de los funcionarios públicos, implica, para que sea operativa, según lo dispone la propia Carta Fundamental, la estabilidad en la función o empleo; la promoción, es decir, la posibilidad de ir ascendiendo, grado a grado, en ese *cursus honorum* que es la carrera funcionaria, y que conlleva el derecho a que se respeten las reglas del ascenso; la calificación en el desempeño de sus cargos, que hace posible la promoción; y la capacitación y perfeccionamiento, que permiten un mejor desempeño en la función, una mejor calificación funcionaria y la consecuencial posibilidad de promoción” (cons. 8).

Conclusión y preguntas. Como se advierte, el TC y la CS en sus fallos han reconocido, alumbrado o deducido, derechos fundamentales por mero razonamiento. Los advierten desde todo tipo de enunciados constitucionales: desde otros

festivos”; y el Art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos declara que “el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados partes garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: [...] g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales”.

derechos, desde valores y principios de la Carta, incluso desde normas objetivas de competencia. Las preguntas parecen ser las siguientes: Si no se considera que el catálogo de derechos sea fijo e inmutable, ¿para qué hacer crecer sus normas positivas? De hecho, el catálogo del TC y la CS es casi un catálogo amplio y complementario. ¿No será políticamente más sensato reconocer a la sentencia del TC un valor de fuente de derecho, en alguno de los sentidos que esto puede ser defendido? En caso contrario, ¿qué significado jurídico constitucional deberían tener los fallos del TC y la CS cuando ejercen jurisdicción constitucional?

(1.c) Sobre la reorganización del catálogo de derechos

La Constitución tiene repartidos derechos fundamentales (aunque es discutible que lo sean en un completo sentido técnico del término) en varios capítulos de su texto. En efecto, más allá del uso desprolijo de la palabra “derechos” (derechos a secas: Art. 1; “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”: Art. 5; “derechos humanos”: Art. 9; “derechos constitucionales”: encabezado cap. III; “derechos y garantías”: Art. 20; “derechos fundamentales”: Art. 93 inc. 3), la Carta instituye derechos en diversos capítulos: en el capítulo II, los derechos de nacionalidad y de ciudadanía, y en el capítulo III (aunque con distinta garantía de acciones), también, en las bases de la institucionalidad, en el Art. 5 con todas sus implicancias.

¿Acaso no sería racional procurar un orden más estructurado que unificara los derechos (y el lenguaje acerca de ellos) en un gran capítulo? Adoptar un criterio de orden diverso al hoy existente, muy probablemente requeriría diferenciar en capítulos (como algunas constituciones del mundo) según el tipo de derecho, su forma de redacción (el “Estado asegura” o “el Estado velará”), si cabe o no acción de tutela, y el tipo de garantía objetiva o institucional. Ello dependería de la configuración de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas.

(1.d) Los derechos económicos sociales y culturales (DESC) que el PGNM propone

En el último tiempo, algunos autores nacionales (Rodolfo Figueroa, Francisco Zúñiga y otros), y también en la literatura comparada, han planteado que debería incluirse en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución los DESC, y se ha agregado que esos derechos deberían ser “justiciables”. El tema es controvertido y también hay opositores a esta inclusión.

Por su parte, el PGNM propone, en la p. 33, lo siguiente:

Derechos económicos, sociales y culturales. La Nueva Constitución deberá consagrar un Estado social y democrático de derecho, que asume los derechos económicos sociales y culturales como verdaderas obligaciones de la actividad estatal, para asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo de todos los derechos.

Y luego:

Corresponde también al Estado garantizar el derecho a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la protección de la salud, a la seguridad social, el derecho de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho al goce del medio ambiente libre de contaminación. Se reconoce el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural. El Estado deberá promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés nacional.

La consagración de DESC en la Constitución no es algo que la Constitución actual repugne. De hecho, establece el derecho a la “protección” de la salud, el derecho a la educación, a la seguridad social, a sindicarse, entre otros. Es también claro que estos derechos están reducidos en su redacción (“protección” de la salud) y, en algunos casos, se “vacían” en la ley quedando desprovistos de contenido esencial, y todos ellos no tienen acción de tutela directa o el Estado asume un papel, llamémosle, reducido.

Otro hecho significativo es que el TC tiene un criterio extensivo sobre el papel y significación de los DESC en la Constitución. Según algunos fallos del TC, los DESC son derechos constitucionales obligatorios para al Estado y los particulares. Con todo, es bueno constatar también que Constituciones respetables (en mi concepto) tienden a ser cautas (la española) con la consagración de este tipo de bienes o sencillamente prefieren reservar estos bienes para la adjudicación, debate y aprobación mayoritaria por el Poder Legislativo (Estados Unidos de América y Alemania).

Doy aquí una síntesis muy apretada de los argumentos que se han dado críticamente. Cabe afirmar (de manera breve): (a) Algunos de estos bienes/necesidades son elásticos (como la salud) y no tienen punto genuino y final de satisfacción. Por

el contrario, provocan y estimulan el surgimiento de nuevas necesidades y demandas (como acontece con el gasto en salud o vivienda) conforme los avances técnicos, médicos, materiales, etc. (b) Al parecer, niveles importantes de garantía constitucional de estos DESC presuponen determinados niveles de desarrollo social y económico, y un presupuesto público ilimitado. No hay presupuesto público serio en el mundo que satisfaga estos bienes públicos independientes del mérito y del esfuerzo individual. (c) Se afirma que estos DESC al ser justiciables lesionan seriamente el gobierno mayoritario, en la medida que dejan al margen del parlamento los principales bienes públicos que los Estados y la sociedad civil deben producir y adjudicar democráticamente (salud, vivienda, trabajo, previsión, cultura) para distribuirlos conforme a “derechos” definitivos. (d) La “justiciabilidad” de los DESC atribuye una verdadera función democrática a los jueces sin la responsabilidad que supone administrar y responder por el presupuesto público ante los ciudadanos, incidiendo en las prioridades públicas y niveles de satisfacción las más de las veces técnicos. Los jueces no tienen una visión de conjunto y de prioridades públicas en relación con necesidades sociales. (e) Los jueces carecen de los conocimientos técnicos y de la capacidad para acceder y procesar la información que es requerida para analizar y decidir estos asuntos. En palabras libres de la Corte Suprema de EE.UU.: “Si tratan de hacerlo, inevitablemente se verán involucradas en una posición de administradores, lo que puede mermar el prestigio de toda la empresa constitucional” (Figuroa 2009, p. 590). (f) La “justiciabilidad” de estos derechos posee un importante problema: hace que los jueces se involucren para determinar el presupuesto público sobre la base de “derechos”, al margen de la democracia y de los recursos necesarios para solventarlos. Debido a la escasa legitimidad, transparencia y responsabilidad del Poder Judicial, la adjudicación en estas materias se vuelve “toma y daca”. Como es obvio, estos derechos reclaman una mayor intervención estatal que cualquier otro derecho, compiten con todos los bienes y objetivos del Estado que debe realizar, y si poseen tutela judicial constitucional implican incidencia judicial en la configuración de las políticas públicas.

Me parece que algunas preguntas interesantes sobre la consagración de los DESC en la Constitución, serían: (i) ¿Qué bienes o necesidades económicas, sociales o culturales deben consagrarse en la Constitución como derechos fundamentales? ¿Deben hacerse esfuerzos constitucionales en estas materias, o debemos entregar estas materias a la definición de la ley y las mayorías? (ii) ¿Debe tener la ley un papel significativo en estas materias, aun cuando se consagren como dere-

chos fundamentales? (iii) ¿Debe existir acción de tutela directa de estos DESC ante las Cortes, por medio del recurso de protección, por ejemplo?

Tal vez podrían pensarse fórmulas como las siguientes (tomadas desde diversos sistemas constitucionales):

Redacción del derecho. Al igual que algunas constituciones, estos derechos deben consagrarse con especial cuidado. ¿Deberían utilizarse expresiones como “los poderes públicos mantendrán un régimen de seguridad social”, “el Estado velará”, “el Estado fomentará”, o “propenderá”?

Sujeto obligado a la satisfacción del derecho. Debe quedar claramente definido el sujeto obligado al derecho y no solo un garante general: el Estado. Al parecer el TC ha generado algunas dudas en su jurisprudencia, en orden a que los sujetos privados también están obligados a proveer DESC. Tal vez esto correspondería a un capítulo distinto a los derechos que la propia Constitución reconoce y asegura.

Regulación conforme a la ley. Esta es una exigencia mínima y básica para que los derechos no se transformen en bienes absolutos e imposibles de realizar y tengan legitimidad democrática. Ello obliga a considerar solo la “esencia” del Derecho, conforme el Art. 19 núm. 26, como aquel mínimo social (expresado en la ley) a realizar.

Debe haber una cláusula que determine que estos *derechos deben ser “graduales”* y no “progresivos”. La idea parece ser que los derechos progresivos implican que no hay vuelta atrás. Pero una concepción así impone un orden social y político rígido, donde la política democrática queda limitada. Así surgiría una legislación inmodificable (la que expresa estos derechos) igualmente susceptible de crítica que los enclaves o “trampas” de la Constitución.

Para evitar el despilfarro y la irresponsabilidad se puede contemplar una regla que imponga *límite al déficit del presupuesto público*: un 2 por ciento.

Al iniciarse el proceso de formación de la ley, la autoridad debe *indicar la fuente existente de financiamiento*.

Por último, *debe asegurarse que la tutela judicial del derecho* solo se produzca respecto del Estado y no respecto de la sociedad o el resto de los individuos, y en atención a lo que la ley regula. Dicho de otra manera, no pueden ser derechos autoejecutables o de eficacia directa inmediata. ¿O sencillamente deben quedar excluidos de “justiciabilidad”?

(1.e) Derechos, libertades e igualdades que deben ser mejorados, perfeccionados o corregidos para potenciar su eficacia frente al poder

I. *Cambiar el derecho a la “igual protección en el ejercicio de los derechos” del Art. 19 N° 3 (término que no se usa en el derecho comparado, en los tratados, ni en la doctrina constitucional) por el derecho a la “tutela judicial efectiva” (que es más que el debido proceso). A ello hay que agregar: la presunción de inocencia (mejorando la actual norma); derecho al juez imparcial, natural e independiente; legalidad del tribunal; a un juicio sin dilaciones indebidas; a la asistencia y defensa letrada; a ser informado de la acusación y aportar pruebas. En el mismo sentido, se podrían potenciar las garantías penales que el Art. 19 N° 3 contempla (el principio de legalidad de la pena, tipicidad previa, prohibición de presunciones de derecho en materia penal) por uno que satisfaga y que sea consistente con el derecho comparado. Se puede reconfigurar el Art. 19 N° 3 pensando en potenciar el principio de tipicidad penal prohibiendo las leyes penales en blanco, como una manera de prohibir la arbitrariedad estatal, sobre todo del Servicio de Impuestos Internos, volviendo a incorporar la expresión “y completamente descrita en ella” para aludir a la conducta punible.*

II. *Perfeccionar la igualdad ante la ley.* Hoy el Art. 19 N° 2 contempla la igualdad ante la ley, y luego agrega: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”. “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Pues bien, este derecho no está bien redactado y no es coincidente con la igualdad ante la ley como está contemplada en los tratados internacionales y en otras Constituciones respetables. No señala, como lo hacen otros ordenamientos, una prohibición extensa a discriminar en función de categorías hoy inaceptables. Sugerimos afirmar que “nadie en Chile puede ser discriminado en función de su sexo, etnia, raza, idioma, religión, origen social, nacimiento y opinión política”. Algunos de estos *tertium comparationis* (como se les llama a los criterios en teoría) pueden ser más acertados que otros, pero todos ellos figuran en el Pacto de Derechos Civiles y en algunas Constituciones de otros países.

III. *Derecho de reunión.* El derecho de reunión debe ser perfeccionado para hacerlo consistente con los tratados y las constituciones comparadas. Para eso debemos eliminar la expresión por “las disposiciones generales de policía” hoy contemplada en el Art. 19 N° 13, cambiándola por la expresión que usa la Cons-

titución como garantía general de los derechos: la regulación de este derecho deberá hacerse mediante ley.

IV. *La igualdad ante las cargas públicas.* Hoy día el Art. 19 N° 20 inc. 2 establece: “En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”. Cualquiera que conozca las sentencias del TC dictadas sobre estas materias sabe que esta categoría carece de contenido constitucional, muy especialmente debido a la expresión recalificatoria “manifiestamente”. Hoy la garantía está muerta. Si hay razones fuertes para revivirla habría que eliminar la expresión “manifiestamente” de la oración: se prohíben los “tributos manifiestamente desproporcionados e injustos”. Al sacar la expresión se impide que la política tributaria incluya cualquier tipo de tributo, por cualquier monto o progresividad. De este modo se protege al ciudadano contra una política recaudatoria sin control. La garantía así establecida excluiría tributos confiscatorios.

V. *Libertad personal y seguridad individual.* Este derecho presenta algunas deficiencias en su redacción (algunas están corregidas en la legislación procesal penal). Por lo pronto, como ya hemos visto, el TC debió aclarar si amparar la libertad personal incluía la libertad ambulatoria y si, además, incluía el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Más allá de este punto, cabe perfeccionar este derecho corrigiendo normas que autorizan poderes de detención y arresto inaceptables para una sociedad moderna. Así, (a) se propone en el Art. 19 N° 3c eliminar la expresión de que el detenido puede estar en poder de su detentor o captor “dentro de las 24 horas siguientes”, lo que resulta inaceptable. Nadie puede estar 24 horas en poder de su captor. Se sugiere agregar la expresión para ser puesto “de inmediato” en poder del juez competente; (b) lo mismo debe hacerse en el inciso siguiente.

VI. *Sobre la indemnización por error judicial.* En la actualidad, la acción de indemnización por error judicial no tiene relevancia alguna. La jurisprudencia de la CS exige que el Estado repare el daño causado a quien ha sido tratado injustamente por la acción punitiva de este (si fue sometido a proceso o condenado, lo que no se condice con la reforma, y luego sobreseído o dictada a su respecto sentencia absolutoria). La Corte hace posible la reparación solo si el comportamiento del juez equivale –en realidad– a la “prevaricación”. Tampoco existe en Chile un sistema de responsabilidad general de los jueces por los actos ilícitos que causan daño. Correspondería mejorar la regulación de la acción de indemnización por error judicial,

cambiándola de lugar hacia un nuevo título, o sencillamente eliminando la expresión “injustificadamente errónea y arbitraria”, amén de ajustar con la reforma procesal penal. Por lo pronto, tal vez aquí consagrar la responsabilidad del Ministerio Público, agregando que hacer acusaciones públicas resulta agravante de la reparación. Es muy probable que esta acción deba rehacerse pensando cuál es el régimen de la responsabilidad por el daño ilegítimo de todos los jueces y el Ministerio Público.

VII. *Acerca de la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa.* Esta garantía histórica admite un perfeccionamiento importante al cambiar la libertad de emitir opinión por la “libertad de expresión”. Si bien hay alguna doctrina que hace sinónimas ambas expresiones, ello no es así. Emitir “opiniones” es diverso a “expresarse”, siendo esta última categoría general y la primera solo puntual. Aunque es cierto que la expresión constitucional posterior “en cualquier forma” modera esta crítica. Al consagrar la libertad de expresión se cubren todas las manifestaciones que constituyen la creatividad humana (opinión, arte, teatro, escritura, libros, artículos, mimos, etc.). De este modo se fortalece la sociedad civil.

La verdad es que la Constitución chilena es extraordinariamente libertaria en lo que se refiere al resguardo de la libertad de opinión y de informar, ya que establece un sistema de control *a posteriori*, de manera que solo se puede sancionar por “delitos y abusos” fijados en una ley, después de que la acción se ha realizado. La Convención Americana, en cambio, admite que se sancione a los ciudadanos por “b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, lo que en Chile no puede hacerse. Y luego admite, además, la censura previa en un caso: “4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. En suma, en Chile se contempla una protección de la libertad de opinión más fuerte que la consagrada en la Convención.

2. Sobre la garantía de los derechos

La siguiente pregunta es: ¿cuál ha de ser el sistema de garantía de los derechos fundamentales? Los programas de gobierno de las distintas candidaturas presidenciales para las elecciones de 2013 y 2014, han sido bastante generales y escuetos. Parece reinar un gran consenso. El PGNM lo dice expresamente, y parece estar de acuerdo con el actual estado de las cosas (pág. 33):

La Nueva Constitución debe garantizar el desarrollo y la efectividad del conjunto de derechos fundamentales. En esa dirección se deben establecer las acciones y recursos que permitan su reclamo ante las instancias judiciales, tales como el amparo, la protección y el acceso a la información; también se debe establecer que las limitaciones a estos derechos solo puede hacerse por ley, y no afectar el derecho en su esencia. Por otra parte, los estados de excepción constitucional solo pueden limitar los derechos en los supuestos fácticos que la Constitución Política establezca, con estricta sujeción a estándares internacionales.

Partiendo de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución –que parte del supuesto de una garantía extendida y general de los derechos fundamentales– cabe efectuar algunas interrogantes centrales:

1. *La fuerza vinculante de los derechos frente al legislador.* Desde el punto de vista objetivo y por medio de la ley, el legislador está en posición y competencia (y reserva) para disponer la protección, regulación y desarrollo de los derechos en su cara objetiva e institucional. Nadie pretende –al parecer– desestructurar esta relación de la ley como fuente directa y la reserva. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿la protección punitiva y persecutoria que el Código Penal les presta a los derechos y garantías constitucionales debería tener una adecuación? ¿Existe alguna coherencia entre esos tipos penales redactados hace años y el actual catálogo de derechos? ¿Debería tenerla, penalmente? ¿Le cabe algún papel a la ley penal en esta esfera? Y si le cabe, ¿el sistema de penas actual es el correcto o hay otras valoraciones punitivas adecuadas y proporcionales?

2. *Sobre la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.* En todos los programas se insiste en el papel de las acciones y recursos ante la jurisdicción para la garantía de los derechos. No hay mejor garantía de los derechos fundamentales que una jurisdicción eficiente, imparcial, independiente y oportuna, frente a las demandas sociales de justicia. Los programas de gobierno, en estos años, no parecen tener esta preocupación; sin embargo, se han planteado las siguientes interrogantes: (a) ¿Hay razones para alterar o cambiar el sistema de gestión, calificación y ascensos en el Poder Judicial? ¿Cabe pensar en alguna modalidad semejante al Consejo General del Poder Judicial? ¿Existe algún modelo o sistema que funcione bien en el derecho comparado? ¿Qué implicancias tiene el impulso de un modelo como el Consejo General del Poder Judicial para la función propiamente judicial

y para la imparcialidad de sus jueces? (b) ¿Debe darse el paso de crear tribunales administrativos? Puesto que se ha instalado la idea de impulsar algunas jurisdicciones especializadas (ambiental, familia, tributaria, etc.), ¿debe darse este paso también (más allá de modificar el Tribunal de Cuentas, como se ha escrito)? (c) ¿Hay razones fuertes para crear la institución del defensor del pueblo, *ombudsman*, u otra modalidad semejante, con un perfil tal vez entre el jurídico y el político? En ese caso, ¿debería atribuírsele legitimidad para accionar en favor de derechos fundamentales cuando son ampliamente afectados? (d) ¿Cuál sería el papel de los derechos fundamentales frente a la sentencia de los tribunales? ¿Hay razones para imponer un amparo extraordinario contra sentencias infractoras dictadas por la CS en sentencias de término?

Ahora, la Constitución dispensa una tutela directa de algunos de los derechos del Art. 19 de la Carta. De los textos de profesores y programas de gobierno surgen, pienso, las siguientes interrogantes:

- (a) ¿Son adecuadas las actuales acciones de tutela que contempla la Constitución (pérdida y desconocimiento de la nacionalidad, recuperación de ciudadanía, indemnización por error judicial, protección, amparo, recurso contra la legalidad del acto expropiatorio) y legales (acción de amparo económico, acceso a la información, y con otra posición: acción de tutela laboral y otros)?
- (b) ¿Deberían crearse algunas acciones constitucionales adicionales? ¿La acción de *habeas data*? ¿La acción de cumplimiento, al estilo de algunos sistemas comparados?
- (c) ¿Tiene sentido mantener diferencias entre la acción por pérdida y desconocimiento de la nacionalidad, con la de protección? ¿Qué hay que hacer con el recurso de amparo económico?

Y respecto del recurso de protección, en algunos artículos de profesores se han planteado diversas observaciones y planteamientos críticos, lo que me mueve a preguntarme: dado el tipo de materias de que conocen las Cortes en protección, ¿debe mantenerse la acción frente a actos u omisiones de particulares? ¿O debiera establecerse para este tipo de asuntos de baja relevancia pública y constitucional un *referee* francés o una *injunction* inglesa ante los tribunales y una apelación especializada y preferente? ¿Qué tipo de límite debiera ponerse a la transformación de la protección en un equivalente jurisdiccional? ¿Debería extenderse el recurso

de protección a todos los derechos enunciados en el Art. 19, incluyendo lo que se ha llamado la judicialización de los DESC que se consagran hoy (salud, educación, trabajo, previsión) tanto como para los que eventualmente se consagren? Ello supondría en la actualidad extender la protección, también, a los derechos de la función pública, debido proceso y la igualdad ante las cargas y tributación. ¿Es esto sostenible y correcto? ¿Están las cortes preparadas? ¿Acaso no sería deseable que la Corte tuviera una potestad de acumulación de causas por materias, con un procedimiento y debate sofisticados, donde el interés constitucional y público prevalezca? ¿Debería dictarse una ley que regulase el procedimiento de las acciones constitucionales? ¿De todas ellas? ¿Hay que pensar en el recurso de protección y su posición en la jurisdicción? Algunos han planteado el interés de revisar si la jurisdicción debería actuar en la tutela de derechos provisionalmente para, luego, un amparo extraordinario ante el TC que uniforme la jurisprudencia.

3. El papel del derecho internacional convencional

Como se sabe, los tratados de derechos humanos no tienen una inserción fácil en el ordenamiento jurídico, y ello es, en parte, consecuencia de dudas jurídicas provocadas por el Art. 5 inc. 2 y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a las prácticas internas (la cultura jurídica también). El TC, de hecho, si bien ha tenido pronunciamientos, en general coincidentes, de que los Tratados no tienen rango constitucional (mucho menos supraconstitucional), ha esgrimido en diversos fallos artículos de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como fundamento o en apoyo de sus decisiones, todo lo cual deja el problema en la ambigüedad (a lo mejor tampoco se debe hacer más).

Me parece que un dato ilustrativo son las incongruencias entre los tratados suscritos y el catálogo de figuras del derecho interno. Es bastante claro que los tratados establecen derechos fundamentales que la Constitución chilena o no asegura o no lo hace de esa manera. Ello es particularmente significativo en lo que atañe a los derechos del debido proceso penal. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica (suscrita en 1969 y aprobada por Chile en 1990) establece derechos que en Chile no se estipulan: la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, a un juez competente “independiente e imparcial”, a la indemnización por error, etc. Pero no debe creerse que las incongruencias entre un estatuto y otro

se limitan a las omisiones. Hay derechos en la Convención que parecen amparar acciones distintas que el enunciado incluido en la Carta, a saber, “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, o el derecho a la igualdad.

Así, una pregunta, aún sin respuesta clara, es: ¿Cuál ha de ser la función de los derechos consagrados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el fuero interno? ¿Cómo ha de producirse la inserción? ¿Qué papel han de tener los restantes instrumentos que emanan del sistema internacional?

