

Claudio Nash Rojas\*

# Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros\*\*

## Introducción

A partir de la segunda mitad del s. XX y principalmente, con base en los horrores de que fuera testigo el mundo en la II Guerra Mundial, se desarrolla en Europa una corriente de constitucionalismo fuerte, manifestada, entre otros aspectos, en una especial preocupación por garantizar los derechos fundamentales. Esta línea de pensamiento ha sido denominada modelo constitucional democrático o neoconstitucionalismo. Iniciando el s. XXI nos parece relevante estudiar los alcances del debate que se ha desarrollado en estas materias de forma tal que estos aportes puedan servir al constitucionalismo chileno para asumir el desafío de adecuar la protección constitucional de los derechos fundamentales.

En este trabajo analizaremos aquellas materias en las que ha habido un especial desarrollo en la dogmática comparada sobre derechos fundamentales e intentaremos identificar adecuadamente el contexto en que se desarrollan las discusiones. Asimismo, propondremos algunas ideas sobre cómo unir los esfuerzos que se desarrollan en distintos ámbitos doctrinarios respecto de los derechos fundamentales.

En materia de derechos fundamentales es posible distinguir dos debates: a) uno relativo a la teoría de los derechos fundamentales, que desde una perspectiva constitucional e internacional ha ido fijando el contenido y alcance de los derechos fundamentales; b) un segundo debate tiene que ver con la respuesta a las cuestiones centrales de la filosofía política en materia de derechos: la justificación en una sociedad democrática de consagrar ciertos derechos con rango constitucional y la necesidad o procedencia de un control no político de estos derechos.

\* *Profesor Asistente,  
Facultad de  
Derecho  
Universidad de  
Chile.  
Coordinador del  
Centro de Derechos  
Humanos de la  
Facultad de  
Derecho de la  
Universidad de  
Chile.*

\*\* Este trabajo se enmarca en mi proyecto de tesis en el programa de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Un borrador de este trabajo fue discutido con los ayudantes de la cátedra de Derecho Internacional de Derechos Humanos, a quienes agradezco sus comentarios. En particular, estoy en deuda por las correcciones de forma y fondo a este trabajo de las investigadoras del Centro de Derechos Humanos, María José Eva y Patricia Palacios Z.

Es interesante notar que ambos debates se han desarrollado en paralelo, sin interacción y sin diálogo. En este estudio propongo simplemente algunas bases para vincular ambos debates en la perspectiva de lograr una mejor garantía de los derechos fundamentales. Este trabajo no pretende plantear conclusiones sobre estas materias, al contrario, es un esfuerzo por abrir un debate y plantear un escenario general donde poder discutir.

El trabajo está dividido en tres partes: comenzaré el análisis fijando el marco general en el que se inserta nuestro estudio (1), delimitaremos las discusiones de teorías y conceptos más relevantes en materia de derechos fundamentales (2) y, finalmente, algunas reflexiones de cierre (3).

## 1. Planteamiento del problema

### 1.1 *Los sistemas normativos de derechos individuales*

#### 1.1.1 *Sistema normativo constitucional de derechos individuales*

Desde sus inicios, tanto el debate doctrinal, como la práctica codificadora relativa a los derechos individuales, se han visto enfrentados a dos preguntas: a) ¿cuál es el lugar que ocupan los derechos en la estructura constitucional?, y b) ¿cuáles son los mecanismos idóneos para garantizar dichos derechos? Estas son las cuestiones que cualquier acercamiento a la idea de derechos individuales y constitución debe hacer frente.

Una aproximación al tema de los derechos individuales y su incorporación a la constitución nos lleva a formular algunas distinciones respecto de los derechos consagrados constitucionalmente. Por un lado, se ha distinguido entre constitución ortodoxa e institucional<sup>1</sup>, el constitucionalismo ortodoxo que perseguía la protección de los derechos fundamentales de libertad y con ese fin estructura el Estado y, por otro, constitucionalismo republicano, que enfocaba sus objetivos en los temas de gobierno y estructura política, en el entendido que éstos eran los mejores mecanismos para garantizar los derechos fundamentales.

Una segunda distinción relevante es aquella que distingue entre monismo y derechos fundacionales (fundacionismo). El monismo se basa en la idea que la soberanía reside en las personas y éstas son libres para modificar los sistemas constitucionales sin que existan límites para el ejercicio de ese derecho (ejemplo, la tradición parlamentaria de Gran Bretaña). Por su parte, los partidarios de la teoría de los derechos fundacionales sostienen que los derechos individuales que se expresan en el texto constitucional

<sup>1</sup> En esta materia seguimos un trabajo reciente de Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle: "Constitutionalism" (material de estudio distribuido en Curso Derecho Público, primer semestre 2004, Programa de Doctorado en Derecho Universidad de Chile), 2004.

deben servir como un límite infranqueable para el ejercicio de la soberanía de las mayorías, otorgando una primacía a los derechos individuales, sin otorgar el derecho a la *polis* como un colectivo para modificarlos. Además, para esta perspectiva fundacionista los derechos individuales son determinados en un momento histórico dado, respecto de una cierta categoría de ciudadanos y con ciertas características que no pueden ser modificadas *a posteriori*.

En materia de mecanismos de control de constitucionalidad, el tema ha sido planteado de la siguiente forma: si asumimos como cierta la idea que los derechos son parte del modelo institucional con rango constitucional, es necesario que nos preocupemos de cuál será la forma institucional de controlar las decisiones mayoritarias en una democracia constitucional. En esta materia el debate ha estado centrado en la legitimidad de formas de control no mayoritarios, en particular, el control a través de mecanismos jurisdiccionales y en su implementación concreta a través de mecanismos de control de constitucionalidad.

Bruce Ackerman<sup>2</sup> sostiene una tesis *dualista* que pretende superar las posiciones monista y fundacionista sobre el lugar de los derechos en una sociedad democrática. Para ello distingue dos momentos en la vida de una sociedad: política normal y política constitucional. En momentos de política normal la legislación debe ser guiada por las mayorías y bajo la limitación de estar sometida al control judicial; en los tiempos de política constitucional —momentos especialmente críticos para una sociedad— es posible pensar en que las divisiones sectoriales cesan y se abre espacio a una legislación consensuada en vistas al bien común. Rawls acepta esta distinción y la incorpora como uno de los principios de su teoría sobre la constitución. La distinción poder constituyente/poder constituido le permite al propio Rawls sostener que el poder constituyente posee la más alta autoridad de la voluntad de “Nosotros el pueblo” y como tal “obliga y guía” al poder ordinario, de rango legal.<sup>3</sup>

Podemos sostener que esta perspectiva dualista que propone Ackerman da luces para solucionar tanto el tema de la consagración constitucional de los derechos, como el debate relativo a las formas de control constitucional. Su tesis posibilita entender los derechos fundamentales como aquellos derechos que emanan del individuo y que se consagran en un momento determinado (derechos fundacionales); pero como ello es insuficiente,<sup>4</sup> surge la idea de ciertos derechos fundamentales (*fundamental rights*) que son definidos por vía de interpretación de normas constitucionales, pero también de principios constitucionales que permiten adecuar y actualizar la protección a situa-

<sup>2</sup> Una primera aproximación al tema en B. Ackerman, “Constitutional Politics/Constitutional Law”, en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego en *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. 1, 1991.

<sup>3</sup> J. Rawls, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México (1993) 1995, pp. 220–2.

<sup>4</sup> Puede ser insuficiente ya sea porque este acuerdo fundacional puede tener su origen en un momento histórico que deje fuera a sujetos y situaciones que con el tiempo pasan a ser considerados como sujetos u objetos de protección o en la práctica puede ser aplicado restrictivamente.

ciones concretas.<sup>5</sup> Asimismo, esta tesis de derechos fundamentales permite justificar sistemas de control institucional que limiten las decisiones tomadas por ciertas mayorías parlamentarias (adoptadas en tiempos de normalidad constitucional), por medio de un control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional que vele por los derechos fundacionales (consagrados en el texto constitucional y que provienen de una decisión tomada en un tiempo de política constitucional).<sup>6</sup>

Podemos afirmar que, en un plano teórico, la idea de los derechos fundamentales es uno de los ejes que determina las bases de la convivencia y de la legitimidad de la institucionalidad democrática.<sup>7</sup> Tanto es así que se ha vinculado la idea misma del Estado Constitucional con ese fin garantista de los derechos individuales. En este sentido compartimos la opinión de un destacado autor argentino, quien nos señala: “ese fin [el de la constitución] no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: *asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre*”.<sup>8</sup>

Desde una perspectiva histórica, el proceso de codificación del derecho público desarrollado a partir del s. XVIII determinó la forma en que serían incorporados los derechos fundamentales en las constituciones nacionales durante los siglos XIX y XX. El principio que inspiró la codificación fue la consagración de los derechos individuales como objetivo central del diseño institucional sistematizado en el texto constitucional.

La primera experiencia relevante y que marca el proceso venidero, es el caso norteamericano. Si seguimos a Cruz Villalón, en este caso podemos distinguir dos etapas: una etapa de fundamentación y otra de constitucionalización.<sup>9</sup> En la etapa de la fundamentación se desarrolla la idea de los derechos del hombre y la estructura política, ambas entendidas como una consecuencia del pacto social, esto es, los derechos del individuo ya no serán considerados como derechos anteriores al estado de sociedad política (derechos naturales), sino que derechos que han cambiado su naturaleza y pasan a ser derechos derivados de la idea de pacto.<sup>10</sup> La incorporación de estos derechos a la constitución, esto es, su constitucionalización, tuvo un triple efecto en la experiencia americana: las declaraciones de derechos pasaron a tener rango constitucional, su revisión quedó a disposición del constituyente y el control de la constitucionalidad de las leyes se realiza a través del procedimiento de la revisión judicial.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Sobre la relevancia de los principios, ver R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984.

<sup>6</sup> Cristi y Ruiz-Tagle (2004).

<sup>7</sup> Para una visión crítica a este planteamiento y que sostiene una visión procedimental de la democracia y por tanto de la propia Constitución, ver John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 19–96.

<sup>8</sup> Germán Bidart, *Los derechos del hombre. Filosofía, constitucionalización, internacionalización*, Ediar, Argentina, 1974, p. 93.

<sup>9</sup> Cruz Villalón, P. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25, Madrid, 1989, p. 43. En el mismo sentido, ver Hart Ely (1997), pp. 19–96.

<sup>10</sup> Cruz (1989), p. 45.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 45–48.

En Francia el proceso de fundamentación se da en términos similares al americano, pero al momento de su constitucionalización se presentan algunos fenómenos que determinan su fracaso. Nos encontramos con la desnaturalización de los derechos y su desconstitucionalización.<sup>12</sup> La desnaturalización proviene del hecho que en las constituciones posteriores al proceso revolucionario sólo se establecen las garantías de los derechos, pero su definición deja de ser la base de la estructura de codificación del derecho público. La desconstitucionalización se produce porque los derechos individuales quedan fuera de la constitución, la que sólo contempla la estructura política del Estado.<sup>13</sup> En el siglo XX este proceso tiene un cierto giro, concretamente en Alemania, con el desarrollo de la República de Weimar. Aquí el constituyente consagró un amplio catálogo de derechos, aunque muchos de ellos con remisión a la ley, para ser desarrollados por ésta.<sup>14</sup>

En América Latina este proceso tuvo un gran impacto en el desarrollo institucional de las nuevas repúblicas. El constitucionalismo se manifestó en Latinoamérica a través de textos que consagraban largos y completos catálogos de derechos, los que en una gran mayoría eran meras declaraciones formales alejadas de la realidad y sin mecanismos concretos que le permitieran influir en la toma de decisiones de la estructura estatal.<sup>15</sup> En materia de control de constitucionalidad, Latinoamérica se ha movido entre modelos de mayor y menor activismo por parte del poder judicial en el control de las decisiones parlamentarias que dicen relación con los derechos constitucionalizados.

En resumen, podemos sostener que tanto un acercamiento teórico como uno histórico, nos permiten concluir que la consagración de los derechos individuales y el desarrollo de mecanismos de protección adecuados han estado en el centro de las preocupaciones del constitucionalismo comparado.

### *1.1.2 Sistema normativo internacional de derechos individuales*

En ciertos momentos históricos, en particular en la primera parte del siglo XX, los sistemas de protección constitucional fueron incapaces de dar una efectiva protección de los derechos individuales consagrados en el ámbito nacional, lo que obligó a desarrollar sistemas por sobre los Estados para garantizar su efectiva vigencia. Este nuevo sistema de protección se vio enfrentado a desafíos similares a los planteados en el sistema nacional: cómo garantizar los derechos a través de un sistema de catálogos, ahora internacionales, y cómo controlar el cumplimiento de dichas obligaciones a través de mecanismos que estuvieran por sobre los Estados.

La protección de los individuos frente a los abusos del Estado ha sido una cuestión

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 51. Ver en el mismo sentido crítico a Alfonso Ruiz Miguel, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, 2002, pp. 275-291.

<sup>13</sup> Cruz, (1989), p. 52.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>15</sup> Para un completo análisis de este proceso, ver E. Garzón, "Las funciones del Derecho en América Latina", en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 201-234 (225-234).

que ha estado presente en el derecho internacional desde sus orígenes. Pero es en el marco de la post guerra (II guerra mundial) que surgió un uso particular de la noción de derechos humanos vinculada a la idea de una limitación internacional del poder que tiene el Estado respecto de los individuos sujetos a su jurisdicción y la idea de ciertas prestaciones positivas a las que se encuentra obligado. Así como el orden legal de cada Estado consagró normas de protección para sus habitantes —que se habían demostrado insuficientes—, la comunidad internacional debía crear un sistema humanitario que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes, ya que éste se planteó como el único camino para ampararse frente a los actos del Estado cuando no respetaba los límites fijados en el ámbito nacional. Este esfuerzo venía a complementar los avances habidos en el sistema internacional para la protección de los individuos en conflictos armados (derecho internacional humanitario) y los esfuerzos para desarrollar un sistema de protección de los refugiados (derecho de los refugiados).

El sistema internacional de protección de los derechos individuales se construye sobre la base de obligaciones que le son impuestas a los Estados, sea por vía voluntaria o involuntaria,<sup>16</sup> para respetar y garantizar ciertos derechos y libertades mínimas del ser humano en su condición de tal.<sup>17</sup> A través del derecho internacional de los derechos humanos la comunidad internacional consagra ciertos derechos subjetivos que los individuos pueden exigir al Estado; éstos son constitutivos de obligaciones internacionales que quedan fuera del ámbito de disposición soberana del Estado. Siguiendo el esquema de Ackerman se podría afirmar que, tal como ocurre en el ámbito nacional, se producen ciertos “momentos constitucionales” en el ámbito internacional,<sup>18</sup> en los cuales se consagran derechos y libertades individuales que limitan las posibilidades de decisión de los Estados, incluso, en aquellas de naturaleza constitucional.<sup>19</sup>

La sola consagración de derechos en el ámbito internacional no es suficiente, es necesario establecer mecanismos para su control y protección. Los mecanismos internacionales de control están constituidos por órganos y procedimientos supraestatales. Los

<sup>16</sup> Las fuentes tradicionales con base puramente voluntarista dan paso a normas en las que la voluntad del Estado no es lo definitorio, en particular, las normas *ius cogens* en el actual desarrollo del derecho internacional no dependen de la voluntad del Estado.

<sup>17</sup> Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999, p. 57; Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos-Madrid, 1993, p. 49; L. Prieto, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 61.

<sup>18</sup> En este sentido, ver Cristi y Ruiz-Tagle (2004).

<sup>19</sup> En este sentido podríamos afirmar que a mediados del siglo XX, en especial con posterioridad a la segunda guerra surge la conciencia de que es necesario crear un orden internacional por sobre los Estados, de carácter humanitario, y los instrumentos fundamentales constitutivos de este marco constitucional a escala planetaria serían la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (1950); los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Estados concurren, en ejercicio de su soberanía, a la creación de estos mecanismos y quedan vinculados a su competencia. Existen mecanismos de variada naturaleza para supervisar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, que pueden ser políticos,<sup>20</sup> cuasi-jurisdiccionales<sup>21</sup> o jurisdiccionales.<sup>22</sup>

Ahora, desde una perspectiva histórica, la internacionalización de la protección de los derechos individuales se enmarca en el mundo de la posguerra. La situación post II guerra mundial impidió por muchos años lograr los propósitos expresados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas respecto de los derechos individuales.<sup>23</sup> El contexto político en el que se desarrolló la discusión inicial sobre los derechos humanos en Naciones Unidas, sólo permitió que se adoptara una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”.<sup>24</sup> Sólo después de veinte años de continuo trabajo por parte de la sociedad civil fue posible adoptar dos tratados generales en materia de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>25</sup>

También ha habido desarrollo en los sistemas regionales. El europeo fue el que más avanzó; sin duda que fueron los horrores de la II guerra los que marcaron el espíritu europeo y llevaron a la creación de un sistema que permitiera prevenir la repetición de estos hechos. Por ello, en Europa se implementó, rápidamente, un cuerpo normativo a través de una Convención sobre Derechos Humanos<sup>26</sup> y un sistema de control a través de una Comisión y una Corte de Derechos Humanos.<sup>27</sup>

El sistema interamericano, por su parte, nació en el seno de una organización internacional, la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>28</sup>, y contempla un instrumen-

<sup>20</sup> Podemos ubicar dentro de estos a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>21</sup> En esta clasificación podemos ubicar al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Africana de Derechos Humanos.

<sup>22</sup> Estos órganos, a nivel internacional, son dos: la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

<sup>23</sup> La Carta reafirmaba “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

<sup>24</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

<sup>25</sup> Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

<sup>26</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se adoptó el 4 noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

<sup>27</sup> P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998.

<sup>28</sup> Ver sobre esto, C. Medina, “La Organización de Estados Americanos: ¿crisis superable o mal congénito?”, en *Sistema* Nos. 60-61, España, 1984.

to vinculante (la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) y un mecanismo de control (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), este órgano de supervisión, pero sin base convencional, fue creado en el año 1959.<sup>29</sup> El sistema logra su consolidación con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de la cual se consagran ciertas obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, se desarrolla un catálogo de derechos civiles y políticos y se diseña un modelo de protección a través de dos órganos: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>30</sup>

En definitiva, el sistema internacional ha desarrollado en la práctica un *corpus iure garantista* que comprende obligaciones generales, catálogos de derechos y mecanismos de control de la actividad de los Estados en materia de Derechos Humanos. Además, a partir de la actividad de los órganos de control se ha desarrollado una jurisprudencia que ha interpretado los derechos, ha clarificado su contenido y explicado su alcance.

## 1.2 Los debates actuales sobre derechos fundamentales

Como queda en evidencia en el panorama expuesto, una de las cuestiones centrales del actual debate, tanto en el derecho constitucional, como en el derecho internacional, es la protección de los derechos individuales. Este tema ha sido tratado desde dos perspectivas, por una parte, lo que llamaremos el *debate interno*, esto es, el desarrollo de concepciones de los derechos fundamentales con aportes de la doctrina y las prácticas jurisprudenciales de nivel constitucional e internacional para la protección de estos derechos. Por otra parte, el *debate externo*, esto es, el desarrollo de argumentos en el ámbito de la filosofía política, para justificar los derechos fundamentales en el contexto de sociedades democráticas.

### 1.2.1 El debate interno

En el derecho constitucional, a partir tanto de la praxis jurisprudencial comparada, como del debate académico, en especial el europeo de la segunda mitad del siglo XX, se han desarrollado diversas concepciones de los derechos fundamentales. Estas concepciones buscan explicar: a) cuáles son los derechos garantizados constitucionalmente (ya sea que estén establecidos en el texto constitucional o provengan del ámbito internacional);

<sup>29</sup> La CIDH fue creada por Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 1959.

<sup>30</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención Americana o Pacto de San José) fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, San José, Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Este sistema básico ha sido complementado a través de protocolos a la convención en materia de pena de muerte y de derechos económicos, sociales y culturales. También se han suscrito una serie de convenciones especiales sobre ciertas materias de relevancia para el sistema, entre otras, violencia contra la mujer y desaparición forzada de personas.

b) la estructura de estos derechos (rol de los valores, principios y reglas; obligaciones del Estado y los límites de los derechos); c) la función de los derechos fundamentales, y d) los mecanismos para garantizar su real vigencia en el ámbito interno.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional europea han ido aportando elementos que permiten una cierta claridad acerca de los estándares que configuran una concepción de los derechos fundamentales. Estas concepciones –constitutivas de lo que se ha llamado “modelo constitucional democrático” o “neoconstitucionalismo” para diferenciarlo del constitucionalismo liberal<sup>31</sup> han sido desarrolladas a partir del trabajo dogmático de autores que han trabajado en sus respectivos ámbitos constitucionales, entre ellos podemos destacar a Peces-Barba, Prieto Sanchís y Pérez Luño en España, Alexy y Hesse en Alemania, Favoreau en Francia y Ferrajoli en Italia.<sup>32</sup>

Paralelamente, en el derecho internacional se ha desarrollado un acervo normativo y jurisprudencial relevante sobre derechos humanos que ha comenzado a impactar en los sistemas nacionales y que ha aportado nuevos elementos para el análisis de los temas que han sido propios de las concepciones de derechos fundamentales. A este desarrollo han contribuido autores como Cassese, Nowak, Meron, van Boven, Cançado Trindade, Buergenthal y en particular, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estos procesos de creación dogmática y jurisprudencial han tenido impacto en el sistema constitucional latinoamericano. El constitucionalismo ha recogido el debate europeo y los avances doctrinarios y jurisprudenciales internacionales. Donde mayor desarrollo ha habido en materia de una concepción de los derechos fundamentales es en la jurisprudencia constitucional latinoamericana. En efecto, a partir de los años '90, como consecuencia de modificaciones constitucionales de relevancia en lo normativo, así como de una nueva praxis jurisprudencial, se ha producido una convergencia entre los sistemas constitucionales y el sistema internacional de derechos humanos. Debemos tener en consideración que en el sistema interamericano desde los '60 y, en particular, a partir de 1990, se ha producido un importante desarrollo de la justicia constitucional, que ha pasado a ser un tema relevante de estudio. El desarrollo de un proceso de gestación de nuevos textos constitucionales (Colombia, Venezuela) o de reforma de los mismos (Argentina, Chile) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica) han permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> El Estado legislativo hace referencia al Estado de corte liberal tradicional y el Estado constitucional de derecho dice relación con un Estado fuerte, propio del Estado de Bienestar europeo de la segunda mitad del siglo XX y su concepción fuerte de la Constitución y los derechos.

<sup>32</sup> Para un estudio de los modelos constitucionales que se han desarrollado en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XX, ver M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003.

<sup>33</sup> H. Fix-Zamudio, “Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos”, en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Tomo I, IIDH, San José-Costa Rica, 2003, pp. 201–232.

Un primer paso en este proceso de convergencia entre el sistema constitucional y el internacional ha sido la recepción formal del derecho internacional y, en especial, de los instrumentos internacionales en la normativa interna.<sup>34</sup> Un segundo paso es la incorporación del acervo normativo internacional, esto es, la incorporación de los estándares internacionales –reflejados en los principios y en la jurisprudencia internacional– en el razonamiento jurisprudencial nacional relativo a derechos fundamentales. Casos relevantes en este proceso lo constituyen Argentina, Costa Rica y Colombia.

El proceso que hemos reseñado configura un nuevo panorama para la concepción de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional latinoamericana que no se amolda a los estándares tradicionales desarrollados ni por el Estado legislativo de Derecho, ni por el Estado constitucional de Derecho, sino que se acerca a una nueva “concepción democrática constitucional ampliada” que incorpora elementos tanto del constitucionalismo nacional como del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>35</sup>

### 1.2.2. *El debate externo*

Paralelamente al desarrollo de estas concepciones de derechos fundamentales, se ha producido un amplio debate, en particular en el ámbito de la filosofía política, respecto de dos cuestiones: a) sobre la legitimidad dentro de una sociedad democrática de “atrincherar” ciertos derechos en la Constitución, dejándolos fuera del campo de decisión de las mayorías y b) sobre la justificación (en un sistema democrático) del control constitucional de carácter jurisdiccional de la legislación, debate que se da en torno a la compatibilidad del mecanismo con el control mayoritario.

Para comprender los alcances de este debate, en primer lugar, es necesario aclarar el contexto en que se desarrolla la discusión. Frente a las diversas formas que ha adquirido este debate nos parece clarificadora la perspectiva sustentada por Rawls, esto es, preguntarnos cómo puede la filosofía política servirnos para hallar una base compartida entre el conjunto de instituciones que buscan asegurar la libertad democrática y la igualdad. En este sentido, un estudio desde la filosofía política deberá limitar la brecha de los desacuerdos,<sup>36</sup> con este fin, las partes deben usar argumentos esencial-

<sup>34</sup> En esta materia debemos tener en consideración que la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno busca determinar el procedimiento mediante el cual estas se incorporan al sistema jurídico interno y con qué jerarquía lo hacen. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno, toda vez que éstas ya están validadas por el derecho internacional público. Esta será una decisión político-normativa del Estado.

<sup>35</sup> Para un estudio sobre los alcances del debate Estado legislativo/Estado constitucional en el sistema europeo y el surgimiento de un nuevo modelo “democrático constitucional ampliado”, ver L. Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, pp. 13–30.

<sup>36</sup> Para lograrlo el primer paso es considerar “la cultura pública misma como un fondo compartido de ideas básicas y principios implícitamente reconocidos”, Rawls (1993), p. 33.

mente abstractos, de forma tal de lograr que a través de ellos se permita la existencia de profundos conflictos políticos. De esta forma, mientras más fuerte sea el conflicto, más alto deberá ser el nivel de abstracción que debemos utilizar. Por ello, debemos conectar los conflictos con lo conocido y con lo básico, esto es, las ideas que se encuentran implícitas en la cultura política pública.<sup>37</sup>

La discusión sobre la necesidad de "atrincherar" los derechos en la Constitución plantea un tema que es anterior a todo el desarrollo del debate que hemos llamado interno de los derechos. Las concepciones sobre los derechos fundamentales debieran estar en condiciones de poder responder adecuadamente a esta cuestión y, en particular, hacerse cargo de un tema relevante, aunque poco explorado por la filosofía política, como es la consagración de derechos, ya no en el ámbito nacional, sino que a nivel internacional.

El otro tema relevante es el control constitucional de carácter jurisdiccional y lo que implica que en una sociedad democrática se establezca un sistema de control de las mayorías a través de un órgano no-mayoritario como puede ser la justicia constitucional. En esta materia es relevante formular un análisis desde la perspectiva del constitucionalismo latinoamericano ya que este posee ciertas características particulares. En efecto, si bien, el constitucionalismo latinoamericano en un primer momento siguió el modelo norteamericano de control constitucional, con posterioridad a la segunda guerra mundial, el modelo europeo o concentrado se impuso, con la peculiaridad de que en muchos casos se ha mantenido la facultad de los jueces ordinarios para no aplicar las normas legales en los casos que son sometidos a su conocimiento, creando, en consecuencia, sistemas mixtos, duales o paralelos que combinan los paradigmas de control de constitucionalidad.<sup>38</sup>

## 2.— Marco teórico: discusión de teorías y conceptos

A continuación se desarrollarán algunas de las discusiones de teorías y conceptos que dan el marco general a los dos debates sobre los derechos fundamentales. Precisaré algunos alcances conceptuales que nos permitan clarificar los conceptos que sirven de base a la discusión (2.1); desarrollaré los aspectos más destacados del estado actual del debate en torno a la concepción de los derechos fundamentales, indicando aquellos elementos en los que se ha concentrado el debate doctrinario (2.2); también explicaré algunos alcances de la relación entre los sistemas normativos constitucionales e internacionales de protección de los derechos individuales (2.3) y, finalmente, expondré las principales explicaciones que la doctrina ha dado sobre la relación entre los derechos y el sistema democrático constitucional (2.4).

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>38</sup> En esto hemos seguido al ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Fix-Zamudio; ver H. Fix-Zamudio (2003), pp. 205-6.

## 2.1 *Algunas precisiones conceptuales*

En materia de poderes de la autoridad existe un desarrollo acabado de conceptos que se vinculan con su limitación, legitimación y guía. De esta forma, para abordar el tema es necesario distinguir adecuadamente las referencias que se harán en materia de conceptos vinculados con derechos morales, derechos naturales, derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales, entre otros conceptos relevantes.<sup>39</sup> La dificultad de clarificación conceptual aumenta en la medida que la expresión “derecho” se ha usado con distintos significados; se hace necesario aclarar su contenido para delimitar cuándo efectivamente estamos ante un derecho y no ante otro tipo de concepto.<sup>40</sup> En esta presentación distinguimos el uso de la expresión “Derecho” en cuanto ordenamiento jurídico general que nos permite distinguir la validez de las normas; de los “derechos” como ciertas facultades, esto es, una serie de posibilidades de acción o de actuación que se le reconoce o concede a su titular, que suponen deberes o cargas a otras personas y que poseen cierta protección jurídica, es decir, la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que éstos intervengan en defensa del interés protegido por el ordenamiento jurídico.<sup>41</sup> Todos los conceptos que pretendemos distinguir son parte de esta última idea de “derechos”, sin perjuicio de sus relaciones con nociones generales de “Derecho”.

En términos generales, podemos afirmar que los conceptos que nos ocupan han sido utilizados en diversos contextos culturales como formas de limitación del poder, así como formas de legitimación del mismo. Para efecto de determinar el significado de los derechos que nos ocupan utilizaremos dos elementos: a) contexto histórico y filosófico en que se han utilizado, y, b) las formas de relacionarse con el poder, en particular, su rol de limitación del mismo.

En primer lugar, podemos identificar aquellos derechos individuales vinculados con tesis iusnaturalistas: los derechos naturales y los derechos morales. Los **derechos naturales** se enmarcan en el iusnaturalismo del s. XVIII<sup>42</sup> y se caracterizan por ser una forma de limitación del poder soberano sobre la base de ciertos derechos universales, inalienables e imprescriptibles vinculados a la persona y anteriores a la vida en sociedad,<sup>43</sup> esto es, derechos con pretensiones de universalidad<sup>44</sup> e independientes de su

<sup>39</sup> Ver, Pérez Luño (1993); Peces-Barba, (1999).

<sup>40</sup> Hohfeld, *conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 45; Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, 1989, p. 26-30.

<sup>41</sup> En este sentido, Dworkin ha distinguido tres acepciones de la expresión *Derecho*: por una parte, Derecho como un complejo tipo de institución social; Derecho como un sistema de reglas o estándares referidos a un determinado “pedigree” y, finalmente, como una fuente de ciertos derechos (*rights*), obligaciones, poderes y otras relaciones entre individuos, ver Dworkin, “Introduction”, en Dworkin (editor), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, pp. 1-9.

<sup>42</sup> Peces-Barba (1999), p. 25.

<sup>43</sup> Peces-Barba (1999), pp. 25, 40; la idea de “anterioridad”, ver Locke, *Segundo Tratado del gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 55-56.

<sup>44</sup> Prieto (1990), p. 35.

consagración positiva.<sup>45</sup> Los **derechos morales** se han utilizado principalmente dentro de la cultura anglosajona en la segunda mitad del s. XX. Se caracteriza por ser una forma de limitación al poder soberano de las mayorías, recurriendo a la idea de derechos anteriores de los que el individuo es titular y, por tanto, limitadores del poder de decisión de las mayorías.<sup>46</sup> Están fundados en principios morales válidos.<sup>47</sup> Lo que distingue a estos derechos es que están reconocidos y protegidos por las estipulaciones constitucionales, por tanto, son derechos que la constitución convierte en jurídicos.<sup>48</sup>

Vinculados con una concepción positivista del Derecho están los derechos públicos subjetivos y libertades públicas. La expresión **derechos públicos subjetivos**, se enmarca en la Alemania del s. XIX, concretamente en el proceso de construcción de un Estado liberal. Se caracterizan por ser concebidos como prerrogativas que conceden las leyes y tienen como objetivo limitar al poder estatal (funcionarios dependientes del Estado) estableciendo ciertos límites donde el individuo no puede ser afectado.<sup>49</sup> Las **libertades públicas** surgen en el debate de Francia post revolucionaria con una clara dimensión positivista. Se caracterizan por limitar a las mayorías estableciendo en la legislación ciertos “derechos de autonomía”, esto es, un ámbito exento para el libre desenvolvimiento individual, frente a la intervención estatal.<sup>50</sup>

La utilización del concepto **derechos humanos** (como se ha señalado *supra*) surge en el contexto de la post guerra (II guerra mundial) vinculado a la idea de limitar los poderes que tiene el Estado respecto de sus ciudadanos. Se construye sobre la base de un orden público internacional que consagra un conjunto de derechos y libertades básicas de los seres humanos y establece sistemas de protección internacional de estos derechos. La idea de derechos humanos no sólo busca limitar el poder del Estado, sino que también impone obligaciones positivas, recogiendo las ideas liberales, democráticas y socialistas vinculadas a la protección de los individuos en cuanto tales.<sup>51</sup>

Si bien el concepto de **derechos fundamentales** está ampliamente desarrollado, su concepción da amplio margen para la expresión de distintas visiones. El concepto actual se vincula con la idea de ciertas pretensiones morales que se consagran en el texto constitucional como derechos subjetivos y quedan, por tanto, fuera del ámbito de disposición de las mayorías; además comprende el derecho del individuo para exigir del Estado su respeto y garantía a través de mecanismos institucionales y, en caso de incumplimiento, contempla ciertas formas de exigibilidad a través de procedimientos jurisdiccionales. La recepción de este concepto es una constante en el constitucionalismo contemporáneo y su desarrollo en el derecho comparado ha sido exponencial en la segunda mitad del siglo XX.

<sup>45</sup> Nino (1989), p. 21.

<sup>46</sup> Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984, pp. 211, 219, 228.

<sup>47</sup> Nino (1989), p. 24.

<sup>48</sup> Dworkin (1984), p. 212.

<sup>49</sup> Peces-Barba (1999), p. 28; Pérez Luño (1993), p. 32-4.

<sup>50</sup> Peces-Barba (1999), p. 29-31; Pérez Luño (1993), pp. 35-6.

<sup>51</sup> Peces-Barba (1999), p. 57; Pérez Luño (1993), p. 49; Prieto (1990), p. 61.

## 2.2 Concepciones sobre derechos fundamentales

Habiendo diferenciado los conceptos vinculados con los derechos individuales, corresponde que desarrollemos las concepciones sobre los derechos fundamentales que ha desarrollado la doctrina comparada. Un buen ejemplo de la doctrina tradicional sobre derechos fundamentales, nos lo entrega Cruz Villalón al decir: “los derechos fundamentales nacen y terminan en la Constitución”.<sup>52</sup> Para este autor los derechos fundamentales son una categoría dogmática del derecho constitucional y constituirán esta categoría especial en cuanto derechos subjetivos reconocidos constitucionalmente, en la medida que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica. Cruz lleva al extremo su argumentación y señala: “allí donde no hay Constitución (...) no habrá derechos fundamentales”.<sup>53</sup> De ahí que en su tesis las constituciones no son sólo un receptor de derechos, sino que también el instrumento que les da vida y permite su regulación y exigibilidad. Pero agrega un elemento adicional para que los derechos recogidos por el constituyente sean un derecho fundamental: de este reconocimiento se deberán derivar algunas consecuencias jurídicas (eficacia directa, tutela judicial, limitación de la potestad legislativa, entre otros). El solo reconocimiento no es por sí suficiente para la “creación” de un derecho fundamental.

En la segunda mitad del siglo XX se ha desarrollado una profunda discusión para configurar una concepción de los derechos fundamentales basada en una visión de los derechos desde lo normativo y desde la praxis de la protección judicial. Esta concepción formulada en el marco de un modelo democrático constitucional, se ha desarrollado en torno a la discusión de los siguientes elementos:

- a) positivización: se ha planteado que los derechos fundamentales corresponden a ciertas pretensiones morales que son reconocidos como derechos individuales en los textos constitucionales;
- b) funciones: los derechos fundamentales son concebidos como normas de legitimación de las decisiones estatales y como normas de protección de los individuos;
- c) estructura: los derechos fundamentales están estructurados sobre la base de ciertos principios y se expresan en obligaciones para los Estados que deben considerar tanto medidas negativas (abstenciones) como positivas (prestaciones) con el objeto de asegurar el respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados constitucional e internacionalmente;
- d) control: se debe estructurar un sistema institucional de control de la actividad del Estado, que implique medidas orgánicas y procedimentales dirigidas a la protección de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito nacional como internacional.

<sup>52</sup> Cruz (1989), p. 41.

<sup>53</sup> *Ídem*.

En lo que sigue desarrollaré estos elementos a partir de las principales explicaciones teóricas sobre los derechos fundamentales. En particular, seguiré los modelos español (en las obras de Peces-Barba, Pérez Luño y Prieto Sanchís) y alemán (en las obras de Alexy y Hesse), ya que las concepciones desarrolladas por estos autores han tenido gran influencia en Latinoamérica y además, son teorías generales sobre los derechos fundamentales y, por tanto, se han hecho cargo de aquellos elementos centrales para desarrollar una concepción de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, cuando corresponda, ampliaré el estudio a otros autores y jurisprudencia que han aportado elementos relevantes en materia de derechos fundamentales.

Positivización: El modelo español que expone Peces-Barba se expresa en ciertas características que le asigna a los derechos fundamentales: a) pretensión moral justificada; b) subsistema dentro del sistema jurídico, y c) preponderancia de la realidad social. Respecto del carácter de pretensión moral justificada, los derechos fundamentales tienden a facilitar la autonomía e independencia sobre la base de la libertad e igualdad; como subsistema jurídico, lo central es que los derechos fundamentales deben expresarse en términos de derechos, esto es, ser incorporados técnicamente a una norma; y en su relación con la realidad social, los derechos fundamentales están condicionados por ciertas realidades que no pueden ser ignoradas, tales como condiciones económicas, sociales y políticas que favorecen, dificultan o impiden su efectividad<sup>54</sup>. Por su parte, Alexy elabora una teoría estructural con un carácter normativo-analítico que se pregunta por la respuesta correcta y la fundamentación racional de los derechos fundamentales.<sup>55</sup> Este autor pone especial énfasis en la estructura de la norma de derechos fundamentales y establece que estas son normas jurídicas consagradas a través de disposiciones constitucionales y que se expresan en reglas, principios y valores.<sup>56</sup>

Desde un punto de vista comparativo, podemos señalar algunos elementos en común en los modelos de Peces-Barba y Alexy: a) ambos intentan una explicación de los derechos fundamentales en cuanto derechos positivizados dentro del sistema jurídico, ya sea como subsistema del sistema de normas o derechos subjetivos; b) ambos ponen énfasis en la constitucionalización de los derechos y c) ambos modelos dan relevancia a la cuestión de los principios en el sistema normativo de garantías individuales.

La doctrina predominante plantea, por tanto, los derechos fundamentales como expresión de valores iusfundamentales que son recogidos por los textos constitucionales. Esta visión debe ser complementada con la tesis de Favoreu en orden a que la noción de derechos fundamentales también debe ser comprensiva de los derechos consagrados por los instrumentos internacionales.<sup>57</sup> Esta visión amplia de la positivización de

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 109-112.

<sup>55</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002, p. 39.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 62-115 y 138-173.

los derechos ha dado lugar a la teoría de un “bloque de constitucionalidad”, donde las normas iusfundamentales comprenden no solo los derechos positivizados en el texto constitucional, sino que se amplía a aquellas normas de carácter internacional en materia de derechos humanos.

Funciones. Los derechos fundamentales han desarrollado una doble faz: una objetiva, en cuanto se les asigna una función como elemento legitimador, tanto del sistema jurídico como del sistema político democrático;<sup>57</sup> otra subjetiva, en tanto derechos subjetivos iusfundamentales cumplen una función de protección de los principios y normas iusfundamentales que han positivizado ciertos valores relevantes para los individuos.<sup>58</sup> En efecto, en la medida que los Estados hagan un efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, se legitiman los sistemas políticos y jurídicos. Esta visión sostiene que estos derechos tienen un rol como “principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho”.<sup>60</sup> En relación con la legitimación de los sistemas jurídicos, Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales cumplen un rol central al determinar la visión que desde el Derecho modela las obligaciones de los poderes del Estado y las funciones de sus órganos se desarrolla un vínculo directo entre la organización del modelo de Estado y los derechos individuales, siendo estos el elemento que define el rol de cada uno en un modelo global de sociedad.<sup>61</sup>

En su faz subjetiva, que es el sentido clásico de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos iusfundamentales, deben ser capaces de dar una efectiva protección a los principios y normas iusfundamentales que reflejan valores esenciales para la dignidad del ser humano. La función protectora se manifiesta en: a) la garantía de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales, b) en el establecimiento de procedimientos para la protección judicial y organizativa, y c) por vía interpretativa, irradiando el contenido de todo el ordenamiento jurídico. Esta función integral de protección comprende tanto una visión de los derechos fundamentales como barrera que busca prevenir los ataques del Estado a la esfera de existencia individual, así como una visión de los mismos como una obligación positiva del Estado, que le permita a la persona hacer uso de su libertad en condiciones de igualdad, incluso participando en la formación de la voluntad política.<sup>62</sup>

Estructura. Los derechos fundamentales están vinculados con los principios que los inspiran y ciertas particularidades o modalidades para su concreción; pueden expresar un principio en términos generales (como el principio de libertad en el derecho ale-

<sup>57</sup> Louis Favoreu, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris Francia, 1998, pp. 777-877.

<sup>58</sup> Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda (et al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Evap-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 90, 92.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 90-1.

<sup>60</sup> Hesse, (1996), pp. 90, 92.

<sup>61</sup> Luigi Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía Política, Bogotá, 2002, pp. 65-119, 142-5.

mán), o bien, se expresan mediante normas especiales o concreción particular de derechos (catálogo general de derechos). En esta línea podemos señalar que los principios que recoge la doctrina son: libertad, igualdad, prestación, solidaridad y seguridad.<sup>63</sup> Si bien los principios invocados no siempre son coincidentes, estas diferencias no deben llevarnos a una conclusión errada, ya que al momento de dar contenido a estos valores generales los autores desarrollan contenidos particulares que hacen coincidir los resultados.

Podemos intentar una visión integradora del contenido de los derechos fundamentales. Nuestro punto de partida será la concepción normativa (no comprehensiva) del individuo, propia del pensamiento liberal igualitario: los individuos deben ser tratados por la autoridad como seres libres e iguales.<sup>64</sup> Desde esta perspectiva parece simple y lógico señalar que los valores que fundan los derechos fundamentales son los de libertad y de igualdad (acogiendo para ambos el análisis de modalidades o particularidades que desarrolla Alexy).

La idea de los principios como parte del modelo constitucional democrático es esencial para diferenciarlo del modelo legislativo o liberal, ya que otorga al juez un rol central al tener que valorar o ponderar dichos principios al resolver materias vinculadas a los derechos fundamentales y por tanto, no solo se constituye en una metodología, sino que al aplicar directamente dichos principios constitucionales en la resolución de casos cambia el carácter de la constitución desde un texto programático a uno normativo.<sup>65</sup>

Para completar la idea de la estructura de los derechos fundamentales debemos hacer una referencia a las **obligaciones** que debe asumir el Estado como destinatario de estos derechos. Las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales son dos: **respetar** el mandato central de cada derecho (ya sea a través de acciones positivas o abstenciones) y **garantizar** adecuadamente su goce y ejercicio (a través de procedimientos y organización de la actividad estatal). Estas obligaciones generales se concretan mediante acciones positivas y negativas por parte del Estado que tienen por objeto dar efectividad a los derechos generales y particulares de libertad e igualdad. De la misma forma, las medidas de protección a través de procedimientos y/o de organización del aparato del Estado se vincularán con el contenido de los derechos y libertades fundamentales.

En esta perspectiva, las obligaciones del Estado para una teoría integral de los derechos fundamentales no se agotan en una abstención o limitación de sus poderes, sino que implica también la realización de medidas positivas que incluyen la organización

<sup>62</sup> Hesse, (1996), pp. 90-1.

<sup>63</sup> Ver Peces-Barba (1999); Alexy (2002); Favoreu (1998).

<sup>64</sup> En esta materia seguimos la idea rawlsiana sobre persona en materia de filosofía política, ver J. Rawls, (1993), pp. 51-56.

<sup>65</sup> Paolo Comanducci, 'Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico', en *Isonomía* 16, 2002, pp. 89-112.

de todo el aparato del Estado de forma tal que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

Tanto en materia de medidas de abstención como prestaciones positivas el Estado debe ser cuidadoso de no discriminar a las personas, garantizando a todos un igual ejercicio y goce de los derechos.

Finalmente, debemos tener en consideración que en tanto en las legislaciones nacionales como en la internacional nos encontramos con cláusulas generales de restricción o subordinación, las que están generalmente adscritas a la enumeración de las libertades, las cuales pueden ser objeto de restricciones en la medida necesaria para asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás; también la ley puede sujetarlas a limitaciones en la medida indispensable para proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas. También existen ciertas restricciones de carácter especial que afectan sólo a ciertos derechos.<sup>66</sup>

Control. Los Estados deben ser capaces de dar una efectiva protección institucional a los derechos fundamentales, tanto en su función objetiva como subjetiva. En el plano objetivo, el control dirá relación con el cumplimiento del deber de adecuación de la estructura del Estado con los derechos fundamentales. Por tanto, se deben establecer mecanismos para controlar que la actividad de todos los órganos del Estado sea compatible con los derechos fundamentales. En particular, el control jurisdiccional de la actividad legislativa ha generado especial discusión (ver *infra* 2.4).

La protección de los derechos fundamentales en su función subjetiva (protección de los derechos subjetivos) comprende la obligación de adoptar medidas preventivas que impidan que el Estado, por acción u omisión, incumpla sus obligaciones. Para el evento que se produzca una violación de los derechos fundamentales, se debe garantizar un mecanismo institucional de protección que garantice una reparación adecuada y además, en aquellas violaciones graves de derechos, deberá comprometer su actuar con el fin de investigar, sancionar y condenar a aquellos que hayan incurrido en dichos actos de violación, ya sean agentes públicos o privados.<sup>67</sup> Por tanto, la garantía de los derechos debe desarrollarse a través de ciertos mecanismos institucionales, ya sean de carácter administrativo o judicial. Estos mecanismos institucionales deben comprender el establecimiento de órganos capaces de controlar la actividad del Esta-

<sup>66</sup> Los principales tratados sobre derechos civiles y políticos prohíben la propaganda a favor de la guerra y la formas de apología del odio nacional, racial o religioso y someten a los Estados a la obligación de prohibir tales conductas por ley, lo que constituye una cláusula especial de limitación de la libertad de expresión (ver, por ejemplo, el art. 13 núm. 5 de la CADH y art. 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Otro ejemplo de cláusula especial es la que permite imposiciones de restricciones del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (CADH, art. 16). Un tercer ejemplo lo ofrece el art. 21 de la Convención, que permite a la ley subordinar el uso y goce de la propiedad al "interés social".

<sup>67</sup> Sobre los alcances de las reparaciones en materia de derechos humanos, ver Claudio Nash, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos – Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 7–50.

do, procedimientos para llevar a cabo dicha función de control y acceso a los individuos a estos controles, particularmente, a aquellos de carácter jurisdiccional.

El control de un efectivo goce y ejercicio de los derechos puede ser desarrollado a través de mecanismos nacionales o a través del sistema internacional.

### *2.3 Relación entre los sistemas normativos constitucional e internacional*

Tanto el sistema constitucional de derechos fundamentales, como el sistema internacional de derechos humanos, están íntimamente ligados. Actualmente, es posible sostener que los sistemas de protección de derechos fundamentales de carácter nacional e internacional constituyen un sistema único garantista y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de interacción. Entiendo por interacción entre los sistemas nacionales e internacionales la existencia de un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye una de las bases del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un sistema de protección de los seres humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación.

La interacción puede darse tanto en materia de garantías normativas como en las jurisdiccionales. Las garantías normativas se refieren a un dispositivo jurídico que permite asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación y velar por su integridad de sentido y función.<sup>68</sup> Llamamos interacción normativa a la mutua influencia que deben tener los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales, en aquellas materias en las cuales entran en "puntos de contacto".<sup>69</sup> En efecto, vistos los derechos como beneficiarios de la protección constitucional e internacional, es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales.<sup>70</sup>

En cuanto a la interacción jurisdiccional, esta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso contencioso, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de estos. Si bien la responsabilidad internacional del Estado surge al violarse alguno de los derechos establecidos internacionalmente, el mecanismo procedimental internacional, en general, es complementario de la instancia nacional; sólo de forma excepcional tendrá un carácter preferente. Esta situación está claramente expresada en el principio del agotamiento de los recursos internos, esto es, en el establecimiento de la condición

<sup>68</sup> Pérez Luño (1993), p. 66.

<sup>69</sup> Pablo Ruiz-Tagle, "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile", en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, vol. 63, 2001, p. 13.

<sup>70</sup> Para un análisis en el contexto de la experiencia europea ver, Peccés-Barba (1999), pp. 655-9.

de que el caso sea visto por la instancia nacional antes de ser llevado a la jurisdicción internacional.<sup>71</sup> Sólo excepcionalmente la persona tiene la posibilidad de recurrir directamente ante la instancia internacional y será en aquellos casos en que no es posible hacerlo ante la instancia nacional, sea por imposibilidad material (ausencia de recursos o inutilidad de los mismos), sea por imposibilidad práctica (imposibilidad de acceso al sistema o demora injustificada en la resolución de los casos).

La protección jurisdiccional internacional está llamada a determinar la compatibilidad de la conducta estatal con sus obligaciones internacionales, pero además tiene la función de garantizar los derechos de los individuos interpretando adecuadamente las normas, señalándole al Estado las medidas que debe adoptar para evitar la repetición de los hechos violatorios y reparar a las víctimas. Ello nos lleva a rechazar una visión meramente subsidiaria de la jurisdicción internacional.

De esta forma, lo central para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. Los sistemas nacionales deberán guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente y de no hacerlo, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.

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

#### ***2.4 Relación entre los derechos y el sistema democrático constitucional***

Toda concepción sobre los derechos fundamentales debe ser capaz de justificarse en el diseño institucional de una democracia regida constitucionalmente. El desarrollo de una teoría de los derechos fundamentales, si pretende ser una garantía efectiva de éstos, debe ser capaz de justificarse frente a los cuestionamientos centrales de una

<sup>71</sup> C. Medina y C. Nash (2003), pp. 29, 37.

sociedad democrática: la consagración constitucional de los derechos y un control no mayoritario. Entiendo por una garantía efectiva a aquella que tiene sustentos normativos, puede explicar una práctica jurisprudencial que mejor proteja los derechos y se justifica frente a las críticas de aquellos que sostienen una suerte de incompatibilidad entre democracia y derechos constitucionales con control jurisdiccional.

A continuación daré una visión general de los temas que se debaten sobre la relación entre los derechos y el sistema democrático constitucional de derecho, expondré las principales justificaciones de la consagración de los derechos constitucionalmente y su control jurisdiccional y luego, las principales críticas que se han formulado a estas teorías.

La idea de que un sistema político justo debe respetar los derechos básicos de las personas pertenece a los fundamentos de la mayoría de nuestras concepciones sobre justicia (aun cuando algunos niegan este rol central).<sup>72</sup> Comparto la idea de Moreso en cuanto que “si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establezcan derechos básicos, entonces hay poderosas razones para que al menos algunos de estos derechos se conviertan en el diseño institucional justo en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y, también, que hay poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales”.<sup>73</sup>

Moreso sostiene la tesis de la democracia constitucional como un caso de justicia procesal imperfecta. Siguiendo la distinción de Rawls, Moreso plantea que la democracia es un procedimiento de decisión, mediante la regla de mayoría; pero no puede ser una regla procesal pura si la teoría de la justicia que la justifica sostiene la idea de derechos básicos. Por tanto, el problema que debemos resolver es cómo diseñar procedimientos políticos que aseguren en la mayor medida posible resultados de acuerdo a los principios de justicia.<sup>74</sup>

En el modelo de democracia constitucional de Rawls, la cuestión de consagrar ciertos derechos se concentra en el paso desde el primer momento al segundo momento, esto es, en el paso desde los principios de justicia a la configuración de “la justicia de las formas políticas y escoger una constitución”,<sup>75</sup> lo que implica decidir dos cuestiones: “los principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político” y los “derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa ha de respetar”.<sup>76</sup> En este modelo la soberanía no reside en la legislatura, sino que en el poder constituyente; por tanto, la regla de mayoría es el sistema de decisión en manos de cuerpos legislativos, con las restricciones estableci-

<sup>72</sup> J. Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en *Discusiones*, No. 1, Año 1, N°1, año 2000, pp. 15–51.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 16–7.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 28–31.

<sup>75</sup> J. Rawls, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995 (1971), p. 190.

<sup>76</sup> J. Rawls (1993) p. 217.

das por los elementos esenciales de carácter constitucional, entre los cuales se ubican ciertos derechos individuales.<sup>77</sup>

Una vez establecido este contexto general, es necesario entrar a considerar el tema de las “circunstancias de la primacía constitucional”. La primacía de la Constitución por sobre la legislación se traduce en lo que se ha conocido como la “paradoja de la democracia”, esto es, cada generación se siente libre para regir el futuro, pero sin estar atados por los compromisos del pasado.<sup>78</sup> Jon Elster nos ha planteado el tema de la racionalidad imperfecta como un mecanismo de precompromiso en virtud del cual, en el plano de las decisiones colectivas, se excluye la posibilidad de tomar determinadas decisiones en el futuro para preservar contenidos esencialmente valiosos; lo que supone una separación entre el poder del constituyente y el poder constituido.<sup>79</sup>

Garzón Valdés ha desarrollado la idea de un “coto vedado” de derechos, en el entendido que “han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa”.<sup>80</sup> Los derechos que integran el “coto vedado” son aquellos que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida, sin importar la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad.<sup>81</sup> Para Garzón estos derechos que quedan fuera de las negociaciones parlamentarias “constituyen el núcleo no negociable de una constitución político-liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma (...) y el mandato de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia”.<sup>82</sup>

Otro tema relevante es el del control jurisdiccional de constitucionalidad, esto es, si la protección de estos derechos “atrincherados” puede hacerse a través de mecanismos no mayoritarios y en particular a través del control de los tribunales. Para Moreso si este control es un instrumento adecuado para asegurar el “coto vedado” de los derechos, depende de consideraciones contingentes y estratégicas; uno de los aspectos centrales será la cultura política de un país.<sup>83</sup>

En este debate una de las voces más autorizadas es la de Dworkin, quien ha sido un fuerte defensor de un activo rol de los jueces en materia de interpretación de los principios constitucionales y en particular, de aquellos que consagran derechos morales. En primer lugar, Dworkin pretende despejar una confusión sobre la actividad de interpretación de la constitución. Para él la lectura moral de la constitución (“moral reading of the Constitution”) propone que “todos los actores interpreten y apliquen

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>78</sup> Moreso (2000), pp. 35-6.

<sup>79</sup> J. Elster, *Ulises Desatado*, Editorial Gedisa, 2002, pp. 111-204.

<sup>80</sup> E. Garzón, “Representación y Democracia”, en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 631-650; también ver “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, num. 0, de 07 de mayo de 1998. En <http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>, visitado en mayo de 2005.

<sup>81</sup> *Ídem*.

<sup>82</sup> *Ídem*.

<sup>83</sup> Moreso (2000), pp. 38-9.

las cláusulas abstractas en el entendido que están invocando principios morales sobre la decencia política y justicia”.<sup>84</sup> Esta lectura moral implica poner la moralidad política al centro del derecho constitucional.

Según Dworkin la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica contiene cláusulas que protegen a los individuos (Bill of Rights más las enmiendas post-guerra civil), muchas de estas con un contenido abstracto. El mandato general de la Constitución es que el gobierno debe tratar a los sujetos como iguales en moral y en status político.<sup>85</sup> Para determinar el contenido del texto solo hay dos caminos: la lectura moral de las cláusulas constitucionales y la originalista. En una lectura moral, las cláusulas constitucionales que expresan principios morales son derechos y la autoridad para determinar su contenido concreto puede radicarse en el juez o en el parlamento. Según Dworkin la práctica jurídica norteamericana ha hecho imposible la segunda lectura. Por su parte, para los originalistas las normas indican estrictamente lo que se debe hacer y por tanto, no es factible apartarse del contenido literal.<sup>86</sup>

En su propuesta, Dworkin no excluye la necesidad de tomar medidas contramayoritarias, pero que garanticen el trato con igual consideración del ciudadano. En este sentido, Dworkin se pregunta: ¿qué valor se estaría afectando cuando una decisión judicial contraría a la decisión mayoritaria? Las alternativas serían que se afecta la igualdad; la libertad de la comunidad (autogobierno); las libertades positivas y negativas (I. Berlin); o bien, el riesgo de sentir que la decisión no es la propia.<sup>87</sup> A juicio de Dworkin, no se afecta la libertad, porque el acuerdo constitucional en una perspectiva relacional debe incluir la opción de omitir el acuerdo; tampoco se afecta la igualdad, ya que esta solo estaría en referencia a la igualdad política, que no es el concepto integral de igualdad; tampoco las ideas comunitarias son un argumento fuerte, ya que la discusión que se genera en torno a la discusión judicial puede ser más fuerte y contribuir de mejor manera al “espíritu” de la comunidad que un acuerdo de mayorías.<sup>88</sup>

La cuestión relevante para la *lectura moral* son los casos en que alguna regulación o acción gubernamental afecta el carácter democrático de la comunidad y el acuerdo constitucional asigna esa cuestión a un tribunal. En dicho caso no hay costos morales; si la Corte no interviene en dichos casos, todos estaríamos en una situación peor desde una perspectiva democrática. Para Dworkin es posible que se cometan errores en la decisión judicial, pero no es menos cierto que en las decisiones legislativas y administrativas se corre el mismo riesgo de error.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Dworkin (1997), p. 2.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 12-3.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 23-31.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 32-3.

En un trabajo reciente<sup>90</sup> Dworkin sustenta algunos argumentos que parecen mejorar la tesis de la lectura moral de la Constitución. Plantea que existen cuestiones que son insensibles al acuerdo de mayorías.<sup>91</sup> También nos recuerda que se ha sostenido por parte de la doctrina que en los casos de control jurisdiccional de los actos parlamentarios, las decisiones judiciales no respetarían ni la igualdad de impacto, ni la de influencia y, por tanto, han sido considerados acuerdos antidemocráticos.<sup>92</sup> Para Dworkin, en cambio, no existen argumentos para señalar que las decisiones que respetan la igualdad de impacto o la igualdad de influencia –ya sea vertical u horizontal– están en mejor condición para resolver *ex ante* aquellas materias “insensibles al acuerdo de mayorías”.<sup>93</sup> En una concepción dependiente de democracia, como la que propone Dworkin,<sup>94</sup> dicha resolución contramayoritaria no sería antidemocrática, toda vez que no afecta ninguno de los objetivos de la democracia, ni aquellos de tipo simbólicos, ni los de agencia. Más aún, la decisión judicial sobre estos temas insensibles al acuerdo de mayorías proporciona un foro político en el que los ciudadanos pueden participar, si lo desean, con sus argumentos, de una manera más directa, incluso, que como lo hacen con el voto. Lo central para que la revisión judicial en base a principios sea un aporte es que esta se limite a los casos que no son de decisión política de mayorías.<sup>95</sup>

En definitiva, para Dworkin es una falacia que las decisiones contramayoritarias afecten a la democracia; el control procedimental como fundamento de un sistema democrático no puede excluir el control judicial. La “lectura moral” procede en todos los casos en que las normas contengan mandatos abstractos relativos a principios, lo que implica la aplicación de la teoría constitucional y la práctica habitual.<sup>96</sup> Para Dworkin, no hay alternativa, debe ser usado un sistema sobre la base de resultados y no meramente procedimental.

Tanto la teoría del precompromiso, como la del “coto vedado”, así como la lectura moral de la constitución han sido objeto de críticas. La objeción más fuerte en este campo es la que ha sostenido Waldron, quien formula su crítica a la vinculación entre los derechos morales y los derechos constitucionales sobre la base de: (a) tener un derecho moral a algo no implica que se deba tener un derecho legal a ello; (b) los derechos atrincherados o “coto vedado”, porque necesitan de reconocimiento constitucional y quedan expuestos a rigideces verbales; y (c) no es claro cuáles sean los

<sup>90</sup> Dworkin, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, editorial Paidós, 2003.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 225–7.

<sup>94</sup> Su propuesta es una “concepción dependiente de democracia que otorga lugar limitado, aunque importante a la igualdad de impacto, y ninguno a la igualdad de influencia” (*Ibidem*, p. 219). De esta forma, para Dworkin la democracia debe ser evaluada en la medida que es capaz de cumplir con su objetivo final, cual es, un sistema que trate a todos los individuos con igual consideración y no en base a un cumplimiento meramente procedimental en cuanto a la distribución del poder.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 229–230.

<sup>96</sup> Dworkin (1997), p. 34.

derechos del “coto vedado” y esta es una cuestión altamente controvertida en sociedades plurales, y, (d) confiar el “coto vedado” a un tribunal no es aceptar como regla de discusión “la que deriva de la mejor teoría de la justicia, sino que aquella que establece un tribunal”.<sup>97</sup>

Gargarella<sup>98</sup> ha sido especialmente crítico respecto de los planteamientos del “precompromiso” y la justificación del ‘coto vedado’. El precompromiso le parece débil como estrategia para fundar el ‘coto vedado’ de derechos. Existen, a juicio de Gargarella, múltiples razones para rechazar la pertinencia de una metáfora como la de Elster (metáfora de Ulises)<sup>99</sup>, para explicar y justificar ciertos comportamientos sociales vinculados con el desarrollo constitucional. Nos encontramos con problemas de “identidad” (la sociedad no se autolimita, sino que limita a otros en el futuro) y de “pluralidad de miembros” (las minorías atan las manos de las mayorías en el texto constitucional).<sup>100</sup>

En cuanto a la “justificación del rol de los jueces en el control de constitucionalidad”, Gargarella sostiene que lo relevante es si “en base a una concepción plausible de la democracia, puede denegarse al poder judicial el derecho a decidir la última palabra en temas constitucionales”. A su juicio, los jueces pueden contribuir enormemente a la discusión colectiva, por ejemplo, señalando los hechos y razones que hemos dejado de lado en nuestras discusiones”, si alguien quiere decir que ellos tienen la última palabra en los debates, tiene la carga de la prueba.<sup>101</sup>

Otra crítica relevante está dada por Bayón, quien no comparte las ideas de un constitucionalismo fuerte, como el de Dworkin, pero tampoco suscribe todas las críticas de Waldron y nos propone una teoría sobre un “constitucionalismo débil”.<sup>102</sup> Para este autor los derechos fundamentales presentan dos características: son límite a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio y son límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones de la mayoría. Concentra su análisis en “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del ‘coto vedado’ y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”.<sup>103</sup>

El ‘coto vedado’ justifica el constitucionalismo, la primacía de una constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación vigente. Todo ello da

<sup>97</sup> Moreso (2000), pp. 24–8.

<sup>98</sup> R. Gargarella, “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, en *Discusiones*, Año I, N°1, pp. 53–64.

<sup>99</sup> Con la metáfora de Ulises se hace referencia a la posibilidad que un colectivo tome la decisión de limitar su voluntad futura al igual que lo puede hacer un individuo.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 60–1.

<sup>102</sup> J. Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, en *Discusiones*, Año I, N°1, pp. 65–94.

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 65–6.

lugar a distintos modelos institucionales y de control, que se expresan en un constitucionalismo más o menos fuerte.

En síntesis, si como ideales morales se parte no sólo de los derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizás menos llano de lo que parece. La salida al tema señalando que todo depende de qué se entiende por democracia no es sólida, ya que sostener por ejemplo que la democracia es decisión de mayoría más derechos fundamentales elude el tema de que las decisiones judiciales en virtud de la “brecha interpretativa” siempre llevan a que la voluntad que prime es la jurisdiccional y no la de la mayoría. Por tanto, la primacía de la constitución termina siendo la primacía del juez y su entendimiento sobre la constitución.<sup>104</sup>

Bayón critica la tesis de Waldron en el sentido que si el constitucionalismo establece que hay cosas que la mayoría no puede decidir, es contar una historia incompleta, ya que *antes* es necesario decidir qué no se regirá por mayorías y *después* habrá que darle contenido a los contornos y por tanto, son ineludibles los procedimientos, y de esta forma el constitucionalismo consistirá en una combinación de procedimientos.<sup>105</sup> Para Bayón la tesis de Waldron no tiene razón; la adopción de una regla de incorporación solo puede hacerse por y desde razones sustantivas. En caso de desacuerdo la implantación de una de ellas obedecerá a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de la comunidad. Nada impide la adopción de una regla de decisión que contenga restricciones sustantivas, en este caso esas restricciones sustantivas pueden declararse ‘inmodificables’. El problema viene del llamado ‘procedimiento de determinación’; hay casos en que es innecesario el procedimiento, esto es, cuando hay reglas determinadas, pero en otros sí lo es, en particular cuando se formulan reglas en base a principios y estas generalizaciones ocurren cuando no sabemos o no queremos ser más precisos.<sup>106</sup>

El límite real de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad establezca que es el contenido de esos derechos porque por discutibles o infundados que puedan parecernos las decisiones que adopte el órgano, su firmeza no está condicionada a su corrección material. Para Waldron toda regla de decisión colectiva última tiene que ser estrictamente procedimental, de forma tal que estamos eligiendo entre dos reglas de decisión colectiva, ambas falibles. Para Waldron solo la regla de mayorías reconoce la igualdad de los individuos; no proceden reglas de mayoría reforzada, como sostiene Moreso.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 67.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 82-4.

En cuanto al valor de los procedimientos por sobre lo sustantivo en la tesis de Waldron, Bayón sostiene que la justicia de un procedimiento (cómo se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (qué se decide). A partir de estos argumentos Bayón desarrolla dos líneas críticas respecto de Waldron. Una, que niega que la regla de mayoría posea el valor intrínseco que Waldron le asigna y en particular a partir de la teoría de la elección social pone en duda el valor moral de la democracia. Otra, que no niega ese valor intrínseco, pero sostiene que la elección de un procedimiento debe resultar de un balance entre valores intrínsecos y los instrumentales; el valor intrínseco se disminuye en la medida que más campo queda abierto a la determinación del órgano jurisdiccional.<sup>107</sup>

La propuesta de Bayón tiende hacia un constitucionalismo débil: que se construya un diseño institucional que a la vez respete el mayor valor intrínseco del procedimiento democrático y que aproveche las ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad. En síntesis, Bayón (a) admite un núcleo irreformable; (b) reconoce que puede haber ventajas instrumentales en que el resto del contenido del 'coto vedado' en base a principios alcance expresión constitucional; (c) puede considerar el control de constitucionalidad deseable aumentando la deliberación, dependiendo del ensamblaje con el resto de los componentes del sistema.<sup>108</sup>

En síntesis, las discusiones sobre la relación de los derechos en un sistema constitucional tienen que ver con una serie de temas. En particular, dirá relación con la concepción de democracia que se adopte, la concepción de constitución a la que se adhiera y finalmente con la forma en la cual se resolverán los conflictos que puedan presentarse entre la regla de mayoría y la constitucionalización de ciertas esferas del individuo, en particular, sus derechos.

### 3. Reflexiones finales

A la luz de las diversas dimensiones que ha adquirido el debate en materia de derechos fundamentales, parece apropiado formular algunas reflexiones finales. Si bien estos no son los únicos temas pendientes, nos parece que son aquellos imprescindibles a la luz de los avances en el constitucionalismo comparado.

En primer lugar, nos parece necesario profundizar en una mirada al tema de los derechos fundamentales que sea capaz de integrar las perspectivas tanto desde la teoría del derecho, como de la filosofía política. En este sentido, cualquiera sea la concepción que se desarrolle en materia de derechos fundamentales debiera ser capaz de dar respuestas a las cuestiones centrales que han sido planteadas por la filosofía política, en particular justificar la consagración constitucional de los derechos y el desarrollo de mecanismos de control que no sean de carácter mayoritario.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 85–6.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 88–9.

Segundo, desarrollar una teoría integral de los derechos fundamentales comprende resolver ciertas cuestiones: positivización de los derechos, estructura, funciones y mecanismos de control. La forma de resolver estas cuestiones no solo debe ser coherente, sino que además debe ser posible de justificarse como respuestas a las preguntas básicas de la filosofía política: por qué consagrar ciertos derechos por sobre la normativa legal y por qué establecer sistemas de control de carácter no mayoritario.

Tercero, es necesario desarrollar una mirada que dé cuenta del proceso de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos y que permita sustentar una concepción de los derechos fundamentales que sea coherente tanto de los avances en el derecho constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, no puedo terminar estas reflexiones sin manifestar mi convicción de que ambos debates, tanto el interno como el externo sobre los derechos fundamentales, no sólo deben establecer un diálogo, sino que ambos deben converger en un proceso de mutua influencia, de forma tal de lograr una mejor garantía de los derechos fundamentales en los términos expuestos en este trabajo.