

LA EUROPA DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Javier García Roca y Pablo Santolaya, Coordinadores. Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales. Madrid. 2005.

Patricio Masbernat *

1.- La importancia de los Derechos Humanos (DDHH) y su progresiva institucionalización desde mediados del siglo pasado¹, radica en que ellos constituyen la base del constitucionalismo, la democracia y el Estado de Derecho en su actual configuración.

Los DDHH constituyen, por otra parte, un principio de corrección del discurso jurídico² y uno de los debates principales del Derecho actual³.

La complejidad de los DDHH es tan grande, que no sólo requiere el estudio de cada uno de ellos por separado, sino también de sus relaciones entre sí y con diversos bienes colectivos (bien común, orden público, interés general o nacional, seguridad nacional, protección de la salud y el medio ambiente, etc.), su desarrollo en el Derecho Nacional, la coordinación entre las obligaciones estatales internacionales convencionales y no convencionales vinculados a los DDHH y los ordenamientos jurídicos nacionales, la coordinación de las jurisdicciones nacionales y las internacionales de DDHH⁴, etc.

* Abogado. Doctor (c) en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Debo agradecer a la Abogada y Magíster en Derecho Gloria Ramos Fuentes, por su disponibilidad a examinar algunas de las reflexiones vertidas en esta recensión, comentando y aportando su experiencia como asesora en la Cancillería Chilena. Parte de los aciertos se los deba ella, y los desaciertos que puedan existir son de mi exclusiva responsabilidad.

¹ Sobre este tema puede verse: Cruz Villalón, Pedro, "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Numero 25, Enero-Abril 1989 pp. 35-62; Fioravanti, Mauricio, **Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones**, Editorial Trotta, Madrid, 1998; HYPERLINK «http://biblioteca.utalca.cl/busqueda/titulos_autor.php?sql2=28127&nom_autor=+Zu%Fliga+Urbina%2C+Francisco+Octavio» **ZÚÑIGA, FRANCISCO Elementos de Jurisdicción Constitucional**, 2 Tomos, Chile, 2001.

² Alexy, Robert, **La Institucionalización de la Justicia**, (traducción de J.A. Soane y otros), Granada, Comares, 2005.

³ Barros, Enrique et all., **Razonamiento Judicial: Verdad, Justicia, Ley y Derecho**, Cuadernos de Análisis Jurídico 18, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1991, Santiago, p. 78.

⁴ En el caso de los países de Europa, se agrega la coordinación con las jurisdicciones comunitaria europea, la de las entidades territoriales, etc.

Es esperable que en cada nación sus comunidades de expertos en Derecho (con independencia de su particular especialidad), luego de un largo proceso de trabajo colectivo, desarrollen teorías generales y especiales de Derechos Fundamentales, en las cuales se entrelacen sus elementos universales con aquellos propios de sus ordenamientos jurídicos locales⁵.

Como lo demuestran los países miembros del Consejo de Europa, los debates en torno a los Derechos Fundamentales (entre los cuales los DDHH constituyen la base) son abiertos y evolucionan permanentemente, de modo que no son permeables a dogmatismos y ni aún requieren grandes sistematizaciones (carácter que es posible observar en sistemas altamente evolucionados en esta materia, como los anglosajones).

En todos los continentes existen Sistemas de DDHH, y en ese marco se hallan las Convenciones Internacionales y los Organismos destinados a fiscalizar su cumplimiento por parte de los Estados signatarios. Las decisiones de dichos organismos tienen cada vez mayor impacto en los ordenamientos nacionales. Por ejemplo en el caso de España los derechos constitucionales deben ser interpretados, por mandato del art. 10.2 de su Constitución, “de conformidad con la Declaración Universal de DDHH y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”⁶.

El Sistema Europeo de Derechos Humanos está fundado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Dicho instrumento data de un acuerdo del Consejo de Europa celebrado en Roma en 1950. Dicho sistema tiene tres fundamentos: el régimen político democrático, un concepto común de derechos y la voluntad de garantizar conjunta-

⁵ No está de más referirse a algunas obras que intentan abordar de manera extensiva la materia, tales como: Alexy, Robert, **Teoría de Derechos Fundamentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Barranco, María del C., **La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales**, Madrid, 2000. Por otro lado, se puede ver la gran distancia que se tiene entre estas obras (y la comentada) y obras nacionales tales como la de Enrique Evans de la Cuadra, **Los Derechos Constitucionales** (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999). Sin embargo, existen trabajos de naturaleza crítica interesantes tales como: Medina, Cecilia (Ed.), **Constitución, Tratados y Derechos Esenciales**, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1994; Medina Q., Cecilia, y Jorge Mera (Editores), **Sistema Jurídico y Derechos Humanos**, Cuadernos de Análisis Jurídico N°6, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996. De naturaleza más teórica, Humberto [HYPERLINK «http://biblioteca.utalca.cl/titulos_autor.php?sql2=11717&nom_autor=Nogueira+Alcal%E1%2C+Humberto»](http://biblioteca.utalca.cl/titulos_autor.php?sql2=11717&nom_autor=Nogueira+Alcal%E1%2C+Humberto) Nogueira Alcalá, **Dogmática constitucional**, Talca. Editorial de la Universidad de Talca, 1997.

⁶ Por ello, como lo expresa la Profesora Salado, el Tribunal Constitucional Español cita al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aún en los casos que no han sido referidos a España. Además, son invocables ante los Tribunales Ordinarios (obra comentada, p. 284). *En lo sucesivo, si se señala sólo la página y se omite la cita completa, se hará referencia a la obra objeto de esta recensión.*

mente su respeto⁷. Ello se debe a que la democracia es el único modelo político compatible con el CEDH y en ella reposan los derechos fundamentales, como una idea material de democracia⁸.

Fuera de sus sistemas continentales, los Estados normalmente se vinculan a otras clases de Declaraciones y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos (en derechos civiles y políticos, económicos y sociales, culturales, laborales, etc.) y sobre Derecho Humanitario. En el caso de la Unión Europea es importante mencionar la Carta de Derechos Fundamentales que fue firmada y proclamada en Niza el 7 de diciembre del 2000, que aún no tiene valor vinculante, y forma parte del Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa (firmado en Roma el 29 de octubre de 2004) pendiente de ratificación por los Estados⁹.

En Europa es tal la importancia del CEDH que constituye una pieza esencial de su constitucionalismo¹⁰, y ésta es considerada junto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de manera permanente por los Tribunales Constitucionales europeos y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Este último Tribunal ha declarado que las medidas comunitarias y las estatales que entran en el ámbito comunitario deben respetar los derechos fundamentales, los que se basan en las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales (especialmente el CEDH).

En el sentido opuesto, los propios ordenamientos de los Estados del Consejo de Europa han servido para interpretar y aplicar el Convenio a través de la idea de consensos jurídicos y principios generales del Derecho.

Finalmente, cabe destacarse un carácter esencial del Derecho de los DDHH, su universalidad, la que incide (además de otros extremos) en su metodología jurídica. La jurisprudencia aparece como fuente fundamental, y las normas generales y abstractas nada revelan sin su referencia a situaciones concretas (que es donde operan principios

⁷ Ello es expresado en p. 826. De modo semejante, el Tratado de la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia y respeto a los DDHH y libertades fundamentales y al Estado de Derecho (p. 851).

⁸ Página 749.

⁹ Sobre la superposición de jurisdicciones, puede verse: Defeis, Elizabeth, "Human Rights and the European Union: Who Decides? Possible Conflicts Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 19:2, 2001, pp. 301 y ss.

¹⁰ Se afirma que es un "instrumento constitucional de orden público europeo" (p. 24).

tales como el de proporcionalidad¹¹). El uso del derecho jurisprudencial (que hoy existe también dentro el Sistema del Derecho Civil, especialmente en el ámbito del Derecho Constitucional¹²), nos entrega más recursos acerca de cómo en Chile podemos abordar esta materia (sea la aplicación de los DDHH propiamente tales o los derechos fundamentales o constitucionales), a fin de ponernos en sintonía con el Derecho de las naciones más civilizadas.

2.- De todo lo anterior (y muchísimo más) da cuenta el libro que en estas breves líneas estoy tratando de reseñar. Se trata de una obra en extremo interesante, en el cual 21 juristas especialistas exponen en 35 capítulos, un prefacio (a cargo de los coordinadores) y un grupo de anexos (referidos a los Protocolos) el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del CEDH en sus cerca de 50 años de existencia, y su impacto en España y en el resto de los países del Consejo de Europa, ilustrando paralelamente (al menos en gran parte de esos Capítulos) el tratamiento del asunto en el Sistema Americano de DDHH y en otros instrumentos internacionales de DDHH de vigencia universal. Todos los capítulos son homogéneos en su estructura y citan la bibliografía europea (contenida en libros y revistas especializadas) y la jurisprudencia más relevante. Trata los temas con brevedad, sencillez y claridad pero sin simplificar y abarcando todos sus extremos relevantes. Los autores asumen en cada caso una actitud crítica de las normativas, doctrinas o soluciones jurisprudenciales, entregando múltiples enfoques.

3.- El libro aborda en cada capítulo los derechos conforme al orden en que el CEDH los menciona junto a los Protocolos que los modifican, y en capítulos separados aquellos nuevos derechos no consagrados primitivamente. La situación de los protocolos, las reservas y las declaraciones interpretativas efectuadas por las Altas Partes Contratantes, especialmente en relación con España, son objeto de estudio en los Anexos.

El estudio del Preámbulo está a cargo del Profesor J. García, sobre el alcance de las obligaciones se refiere el Profesor P. A. Fernández.

Los juristas comentadores (y los derechos tratados) son los siguientes Profesores: Fernando Rey (protección a la vida); Ana Salado (tortura y otros tratos prohibidos; a un

¹¹ Ver p. 875 y su nota 42. Como con extraordinario acierto explica el Profesor Raúl Canosa (p. 804), el TEDH desarrolla un derecho jurisprudencial o *case law* porque no está habilitado para ejercer un control normativo sino uno de casos concretos. Sin embargo, dicha comprensión inductiva del CEDH no siempre es bien evaluada, como se revela en las palabras de los Profesores Javier García y José Miguel Vidal (p. 348).

¹² Lafuente, José María. **La Judicialización de la Interpretación Constitucional**, Editorial COLEX, Madrid, 2000.

plazo razonable en la administración de justicia); Raúl Canosa (prohibición de la esclavitud y trabajos forzados y servidumbre; a la instrucción y al pluralismo); Fco. Javier Álvarez y Argelia Queralt (libertad y seguridad); Pablo Santolaya (a la vida privada y familia; limitación a la aplicación de restricciones de derechos); Alejandro Torres (libertad de pensamiento, conciencia y religión; a contraer matrimonio); Juan María Bilbao (reunión y asociación); Rafael Bustos (libertades de comunicación); Encarna Carmona (a un recurso efectivo ante una instancia nacional; prohibición de discriminación); Mar Aguilera (propiedad privada); Javier García (elecciones libres y sufragio; abuso de derechos fundamentales y defensa de la democracia); Nuria Arenas (libertad de circulación); Juan Fdo. Duran (interdicción de prohibición de entrada y expulsión de nacionales; garantías frente a la expulsión de extranjeros; interdicción de expulsión colectiva de extranjeros; restricción de derechos políticos a extranjeros); Pablo Fernández (suspensión de garantías del CEDH); Coral Arangüena (a un proceso justo; a doble grado de jurisdicción en el orden penal; a la defensa; en relación a la prueba testifical); José Miguel Vidal (a un proceso público); J. García y J.M. Vidal (a un tribunal independiente e imparcial); Alfredo Allué (presunción de inocencia; indemnización por error judicial); Susana Huerta (legalidad penal); y la Magistrada Isabel Perello (a ser informado de la acusación).

4.- Si bien todos los capítulos nos pueden dar una visión de la forma en que el CEDH se vincula a los ordenamientos nacionales (desde una perspectiva propia de cada derecho), son los capítulos I (estudio del preámbulo), II (alcance de las obligaciones), XXIII (derecho a recurso efectivo), XXV (suspensión de derechos), XXVII (abusos de derechos) y XXVIII (limitaciones a restricciones de derechos) aquellos cuya lectura considero imprescindible por su aporte a una concepción de una Teoría General de Derechos Fundamentales para nuestro país.

Debido a la brevedad propia de una recensión, no puedo comentar todos los contenidos (innumerables, muy interesantes y en extremo complejos) del libro, pero sí me referiré en los puntos siguientes a algunos asuntos especialmente relevantes:

- a) La idea de adecuación interna de las obligaciones convencionales y el margen de apreciación nacional, subsidiariedad y responsabilidad.
- b) El conflicto y la limitación de derechos. Balance equitativo y proporcionalidad.
- c) La jurisprudencia y su impacto en los sistemas jurídicos.
- d) Derecho a la vida e integridad física y psíquica.
- e) Derecho de propiedad.

5.- Respecto del primer asunto, cabe destacar que el CEDH establece un sistema de promoción y protección de DDHH *subsidiario* al de cada Estado parte, es decir, siempre se le

da la oportunidad al Estado Signatario a que a través de su sistema jurídico proteja los derechos y, en caso de que ello no ocurra, pueden operar los organismos del Convenio.

Para que la subsidiariedad opere, se entiende que el CEDH establece límites mínimos de protección de derechos (que a veces son muy exigentes) que las Partes Contratantes pueden aumentar en sus ordenamientos jurídicos e institucionalidad internos. No establece una forma específica de adaptar el CEDH al ordenamiento nacional¹³, lo cual hace cada Estado conforme al principio del *margen de apreciación nacional* (que se basa en que ello permite considerar las características concretas nacionales del modo más adecuado), pero exige que dicho instrumento sea respetado según la interpretación que el TEDH hace de él (lo que los órganos del CEDH fiscalizan¹⁴). En este punto, la Profesora Carmona señala que el TEDH tiene en consideración si existe o no uniformidad de las legislaciones de los Estados parte del Convenio (denominador común a los sistemas jurídicos)¹⁵.

En el cumplimiento de sus obligaciones, los Estados deben interpretar el CEDH conforme a ciertos principios generales (como la buena fe) y específicos (del margen de apreciación nacional, de protección efectiva y concreta de los derechos y de garantía colectiva, democrático, del Estado de Derecho, de la interpretación evolutiva y sociológica)¹⁶. Estos principios permiten el ajuste de la jurisprudencia del TEDH conforme a la evolución y a la conciencia respecto de los DDHH en los Estados Partes; y que dicho organismo aclare y desarrolle las normas del convenio estableciendo no sólo la resolución de casos concretos sino también la forma de interpretar las normas del CEDH, lo que es vinculante “*erga omnes*” y “*supra partes*”. Por ello el TEDH ha ido progresivamente dotando de mayores contenidos los derechos del CEDH, haciendo presente los casos nuevos propios de sociedades cada vez más complejas¹⁷.

¹³ Por ejemplo, el Reino Unido en el año 1998 (con vigencia desde 2000) incorporó el CEDH como norma interna de carácter constitucional, a través de la *Human Rights Act*.

¹⁴ Páginas 22 y ss.

¹⁵ Página 674.

¹⁶ Como explica el Profesor García, p. 22 y ss.

¹⁷ La interpretación no literal de derechos ha llevado a que la doctrina afirme que, por ejemplo, no se cumple en una legislación interna con las normas sobre proceso equitativo conforme lo exige el CEDH en la medida que un proceso equitativo implica otros requisitos no explicitados en el Convenio (por ejemplo, no declarar contra si mismo y no declararse culpable) conforme a lo cual el TEDH podrá considerar que la legislación estatal no se encuentra enmarcada en la obligación convencional (pp. 233 y 389 nota 1), lo que tiene además base jurisprudencial (ver nota 44 p. 426).

En este punto, cabe destacar la tesis central que el Profesor Fernández expone en el Capítulo II, afirmando que la obligación general del Estado es de carácter positivo (con lo que la muy idea difundida en contrario pierde fundamentos), debiendo no sólo no afectar los derechos, sino que además asegurar su respeto (conforme lo señala la versión oficial inglesa del CEDH)¹⁸ a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado, incluso en las relaciones entre ellas (y no sólo con el Estado)¹⁹.

De hecho, se deduce que los Estados son responsables de cualquier violación a los DDHH cometida no solo por órganos o funcionarios públicos, sino que también por particulares en caso de que el Estado no haya hecho todo lo necesario para evitarlo. La adecuación del sistema jurídico, político e institucional a las normas del CEDH implica una *obligación positiva* para el Estado parte.

Es probable que ese carácter positivo de las obligaciones del CEDH aparezca de modo más llamativo en relación al Protocolo Adicional 1 (20 de marzo de 1954) que expresa en su primera frase que “a nadie se le puede negar el derecho de instrucción”. Esta materia es tratada en el capítulo XXX del libro por el Profesor Raúl Canosa quien explica que el CEDH impone límites al Estado cuya actividad, de existir, queda encauzada por aquellos²⁰. De ahí se entiende que la jurisprudencia del TEDH a partir de un mandato negativo ha extraído obligaciones positivas para el estado en orden a garantizar el derecho a la instrucción, el pluralismo educativo, y una serie de otras obligaciones²¹ (abrir y mantener establecimientos educacionales) y, en definitiva, este derecho exige que la enseñanza ha de impartirse en forma objetiva, crítica y pluralista²².

Otro ejemplo lo presenta el Profesor Bilbao, quien respecto de la libertad de manifestación, de la obligación estatal negativa de no intromisión se deriva la obligación posi-

¹⁸ Pone énfasis en un punto esencial no siempre considerado en la literatura jurídica (pero que sí aparece a lo largo del libro comentado), cual es que las dos versiones oficiales del CEDH, en inglés y francés, no siempre coinciden en sus términos y en el alcance que a ellos cabe dárseles en sus respectivos contextos de interpretación. Ello ha llevado al TEDH a considerar una u otra versión para abordar los distintos problemas sobre los que le ha correspondido pronunciarse.

¹⁹ Lo que pone en entredicho la vieja Teoría que plantea que los DDHH solo son títulos de defensa que se hacen valer ante poder estatal (Ver Cascajo, José y Gimeno Sendra, **Recurso de Amparo**, Tecnos, Madrid, 1984). La Profesora Angela Figueruelo se ha manifestado abiertamente en contrario a esta tesis, que no permiten la legitimidad activa del recurso de amparo constitucional contra actos de otros particulares (**El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión**, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2001).

²⁰ Página 817.

²¹ Página 807.

²² Página 813

tiva de la autoridad de adoptar todas las medidas idóneas para protegerla de eventuales agresiones de sujetos privados o particulares y de contra manifestantes²³.

En caso de conflicto nacional con el CEDH, entra en juego la idea procesal de la *subsidiaridad*, que exige la necesidad de agotar todas las vías internas antes de acudir al TEDH²⁴, pero si finalmente es resuelto por éste, los Estados deben acatar sus sentencias conforme su art. 46 y la ejecución de las mismas es supervisada por el Comité de Ministros de la Unión Europea. La sentencia tiene *en principio naturaleza declarativa y no ejecutoria*. Los Estados deben decidir los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico para adaptarse a lo que impone dicha sentencia²⁵.

Pero sobre esto se requieren precisiones. Cuando el Estado Parte incurre en *responsabilidad por incumplimiento* declarada por el TEDH nace su obligación de reparar a sus víctimas y poner fin al ilícito, cuando corresponde. Esto por cierto se modula conforme cual sea el derecho infringido. Como señala la Profesora Salado²⁶, conforme al art. 41, el CEDH atribuye a los Estados la competencia originaria en materia de reparaciones, teniendo amplio margen de discrecionalidad para decidir acerca de éstas. La sentencia del TEDH es generalmente sólo declarativa, y por el contrario, *es reparativa sólo subsidiaria y complementariamente*, lo cual lo determina el TEDH caso a caso. En caso de que el Derecho Interno sólo permita de modo imperfecto dicha reparación, el TEDH otorgará una satisfacción equitativa.

6.- Limitación de derechos y derechos en conflicto.

6.1.- Uno de los temas más interesantes que se expone en la obra comentada (que aparecen de manera constante en sus diferentes capítulos) es la relacionada a la forma en que la jurisprudencia soluciona problemas complejos en los casos concretos. En este espacio se encuentran los casos de derechos en conflicto y de derechos en colisión con bienes colectivos (orden público, interés nacional, etc.)²⁷.

²³ Página 570.

²⁴ Ver art. 35.1 CEDH, y p. 352.

²⁵ Página 653.

²⁶ Página 281.

²⁷ La Profesora Arenas (p. 868) expresa que la doctrina del margen de apreciación encuentra su mayor terreno en el campo de las limitaciones a los derechos que consagra el CEDH. En la búsqueda del equilibrio entre intereses generales y particulares, el Estado es el que conserva la mejor perspectiva dada la proximidad que se le supone a la circunstancia objeto de salvaguardia, y que conoce mejor la vida interna, social y jurídica. La legitimidad esta sujeta a una interpretación y aplicación estrictas. El TEDH señala que las limitaciones a los derechos no pueden atentar contra la sustancia del derecho garantizado, y controla este equilibrio.

La obra comentada expone en sus correspondientes Capítulos la doctrina y jurisprudencia relacionada a las limitaciones que el CEDH autoriza sobre los derechos (y podemos pensar en un paralelo con el estatuto de los derechos de nuestra Constitución Política). Por ejemplo, la posibilidad de impetrar limitaciones sobre los derechos a un proceso público (en razón de moral, orden público, seguridad nacional, intereses de los menores, protección de la vida privada, intereses de la justicia); libertades de opinión, de comunicar y recibir informaciones e ideas (integridad territorial, moral, defensa del orden, seguridad nacional, seguridad pública, prevención del delito, protección de la salud, reputación o derechos de terceros, o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial); asociación y reunión (defensa del orden, prevención del crimen, seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud y la moral, protección de derechos y libertades de otros); libertad de circulación (prevención del delito, mantenimiento del orden público, seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud y la moral, protección de derechos y libertades de otros).

El TEDH considera el principio de proporcionalidad y el equilibrio o balance de intereses como técnicas de solución para estos casos²⁸ (realizando juicios de ponderación y proporcionalidad)²⁹. Para la Profesora Aguilera³⁰ el contenido del “*balance equitativo*” no debe confundirse con el de “*proporcionalidad*”. Ambos requisitos deben cumplirse en el caso particular de disputa entre intereses públicos y privados respecto de un derecho (por ejemplo la propiedad). Según esta Profesora “el principio de proporcionalidad tiene que ver con la adecuación de los medios al fin mientras que el balance equitativo, no”, y legitima las limitaciones impuestas a los derechos (equilibrio entre intereses públicos y privados). El test de balance equitativo de diferentes intereses se aplica sobre todo en el caso en que diferentes derechos entran en conflicto.

6.2.- El *principio de proporcionalidad*, como criterio hermenéutico, aparece muy bien desarrollado por la Profesora Arenas, a propósito de la libertad de circulación (Capítulo XXXII). Se basa en que los derechos pueden ejercerse de manera compatible con los intereses generales o los derechos de los demás.

²⁸ Útiles al respecto son diversos trabajos de Robert Alexy, entre los que podemos recomendar: “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 2 June 2003 (131–40); “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 4 December 2003 (433–49); “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13 No. 3 September 2000 (294–304).

²⁹ Páginas 386 y 571.

³⁰ Páginas 778 y ss.

Las limitaciones que establece el CEDH a ciertos derechos se consideran cláusulas de carácter excepcional. En su aplicación el TEDH exige el análisis escalonado de los siguientes requisitos:

- a) Previsión normativa. Las limitaciones deben ser establecidas por la ley³¹, pero la garantía de legalidad hace referencia a la existencia de “base jurídica suficiente”. Ley es un término interpretado ampliamente como “acto formal adoptado por los poderes del Estado y jurídicamente vinculante”. Lo relevante es que esa ley tenga las características de accesibilidad, precisión, previsibilidad³². También el proceso que lleva a la limitación debe cumplir el requisito de legalidad.
- b) Licitud del fin público³³. La limitación de un derecho requiere un fin de interés general de carácter suficiente y legítimo.
- c) El medio elegido debe ser necesario y proporcionado al fin buscado³⁴.
- d) Las medidas deben ser necesarias en una sociedad democrática³⁵.

La *proporcionalidad* obliga a los siguientes análisis:

- a) Que la medida restrictiva no sea de todo punto de vista y a priori absolutamente inútil o inidónea para alcanzar el fin perseguido (principio de utilidad o idoneidad).
- b) Que no se imponga un sacrificio a todas luces innecesario por existir de modo manifiesto alternativas menos gravosas, susceptibles de satisfacer el objetivo de que se trata con igual efectividad (principio de necesidad de la intervención).
- c) Que el límite o restricción no genere un patente y excesivo desequilibrio entre las cargas que entraña para los derechos y las libertades implicados y los beneficios que irroga para el interés general (principio de proporcionalidad en sentido estricto)³⁶.

³¹ Página 869.

³² El principio de legalidad para el CEDH tiene una estructura de geometría variable y da cabida como fuente de delitos y penas a la costumbre, la jurisprudencia, los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones más civilizadas (p. 456). La no exigencia de reserva legal absoluta de ley en materia penal se reemplaza por la exigencia de previsibilidad, accesibilidad y precisión de la norma jurídica que tipifica el delito, y ello es el mismo tratamiento que el TEDH exige cada vez que el CEDH expresa que la ley puede limitar un derecho (pp. 458, 515, 869). Como señala el Profesor Torres, “se trata en definitiva de que la ley sea adecuadamente accesible, precisa y previsible, de modo que los ciudadanos puedan regular su conducta, de manera que esté en condiciones de prever de modo razonable las consecuencias que pueda acarrearle una acción concreta” (p.515). Las limitaciones que el CEDH pone al viejo principio de legalidad vienen dadas por las exigencias de justicia que son esenciales para la vigencia efectiva de los DDHH (pp. 464 y ss.).

³³ Página 873.

³⁴ Página 873.

³⁵ Página 874.

³⁶ La Profesora Arenas señala que generalmente el TEDH ha usado el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al menos en las sentencias estudiadas por ella.

Finalmente, cabe agregar que el principio de proporcionalidad es un test sobre el caso concreto³⁷, requiere interpretación *ad hoc* o en el caso concreto³⁸.

7.- Los Capítulos III y IV relativos a *la tortura y otros tratos prohibidos y el derecho a la vida* resultan del todo interesantes para el proceso de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad que se llevan a cabo en Chile. En efecto, en el caso del derecho a la vida, en virtud de los Protocolos y los estándares internacionales derivados de los ordenamientos jurídicos nacionales, tomados estos últimos como principios generales del Derecho de las sociedades civilizadas, las excepciones han disminuido prácticamente de forma absoluta. Respecto de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes su prohibición constituye norma absoluta, inderogable, insuspendible, ilimitable, y todo ello bajo cualquier circunstancia. La obligación del Estado no sólo está vinculada por norma convencional internacional, sino también por principios de Derecho Internacional general, *ius cogens*. El Estado no sólo tiene la obligación de no matar ni torturar sino que también tiene los deberes positivos de adoptar todas las medidas necesarias (jurídicas e institucionales) para evitar riesgo o lesión de los derechos a la vida e integridad personal incluso de parte de otros particulares. Estos capítulos hacen un paralelo entre los Sistemas de Protección de DDHH de Europa y América, lo cual agrega interés.

En el capítulo XXV se desarrollan las vinculaciones entre el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional de los DDHH. Los derecho a la vida, a la integridad física y síquica, toma de rehenes, atentados a la dignidad humana, derecho a juicio justo y equitativo, constituyen el *minimum* ético exigible sin excepción a la actuación humana en sociedad, son normas inderogable de *ius cogens*. Al tener protección internacional estos derechos mínimos han dejado de pertenecer a la categoría de asuntos que son esencialmente de jurisdicción interna de los Estados (y por tanto su violación no constituye problemas de carácter privado sino asuntos públicos, nacionales y esencialmente internacionales³⁹).

8.- Uno de los problemas dogmáticos más graves que existe en Chile es que todos los derechos fundamentales se observan bajo el prisma del *derecho de propiedad*. En el Derecho Comparado, la configuración normativa, jurisprudencial y doctrinaria de cada uno de los derechos fundamentales corre por separado. Y aún más, el derecho de propiedad presenta problemas de estructura de gran calado. Lo que quiero decir es aunque

³⁷ Página 773.

³⁸ Página 875 Nota 42.

³⁹ Atria, Fernando, "La Hora del Derecho: Los 'derechos humanos' entre la Política y el Derecho", *Revista Estudios Públicos* 91, 2003, Santiago de Chile, pp. 45 a 89.

se piense que el derecho de propiedad es muy importante, constituye un insoslayable error de la cultura jurídica chilena que se le considera omnipresente, omnicomprensivo y absoluto. En el Derecho Comparado el tratamiento que se le da, especialmente en las sociedades civilizadas (donde el Derecho y la Economía presentan un nivel de altísimo desarrollo) es muy distinto y mucho más limitado. El capítulo XXIX da cuenta de ello, y de otro carácter de los derechos fundamentales, cual es su universalidad conceptual, en el sentido que la autora construye sus reflexiones no sólo sobre doctrina y jurisprudencia europea (incluido el Reino Unido) si no también sobre las mismas de los Estados Unidos de América⁴⁰.

El Capítulo da cuenta de los diferentes enfoques del derecho de propiedad en el contexto comparado, de su tratamiento como derecho fundamental y sus limitaciones, del problema (fácil de resolver) de la expropiación y del problema (difícil de responder) de su regulación legal (y de sus regulaciones excesivas). Analiza también la idea de garantía institucional del reconocimiento del derecho de propiedad ligada a la existencia de instituciones que permitan a las personas el disfrute pacífico de sus posesiones⁴¹, lo que es uno de los problemas más complejos de este derecho⁴². Lo anterior, a su vez, se vincula al del respeto a su contenido esencial y al examen de proporcionalidad, que buscan resolver los intereses públicos y privados en que ella se ve envuelta⁴³.

9.- No quisiera terminar sin antes hacer una breve reflexión. Creo que, en un sentido mas profundo, la información revelada en este libro nos hace cuestionar el sentido del Derecho como formalismo en el sentido de mero literalismo, interpretación en el sentido de mera exégesis, función judicial en el sentido de mera aplicación del Derecho. Nos hace patente una fuerte evolución de la metodología jurídica en el Sistema del Derecho Civil, y nos vuelve a señalar que la discusión acerca de ella está vigente⁴⁴.

⁴⁰ También en el Capítulo XX, referido al derecho de libre comunicación, se hacen muchas citas de doctrina y jurisprudencia y legislación de dicho país.

⁴¹ Página 776.

⁴² Sólo a título ejemplar, este tema se ha discutido mucho en Chile, no existiendo a mi entender ni acuerdos ni claridad conceptual. De manera bastante completa lo trata Fermandois Vöhringer, Arturo, en **Derecho Constitucional Económico**, Tomo I, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2001. Se ha abordado de manera opuesta entre ambos, por Juan Carlos Ferrada Bórquez ("La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Vol. XI, Año 2000, Valdivia, Chile) e Ismael Ureta Silva (**Recurso de Amparo Económico**, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997).

⁴³ Página 777.

⁴⁴ Interesantes enfoques de crítica de las metodologías clásicas, se pueden ver en: La Torre, Máximo, "Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation", *Ratio Juris*, Vol. 15 N°4, December 2002, pp. 377 a 402; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, **Aplicación Judicial del Derecho y Lógica de la Argumentación Jurídica**, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988. Y en un sentido más general: Atienza, Manuel, **Las Razones del Derecho**, Madrid, 1991; Lifante, Isabel, **La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; Serna, Pedro (Dir.), **De la Argumentación Jurídica a la Hermenéutica**, Editorial Comares, Granada, 2003.