

ASPECTOS DE UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA DELIMITACIÓN, REGULACIÓN, GARANTÍAS Y LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Humberto Nogueira Alcalá ⁽¹⁾

RESUMEN

El presente artículo analiza la ubicación de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico nacional y comparado latinoamericano, como asimismo analiza los aspectos relativos a la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos en la Constitución chilena vigente.

PALABRAS CLAVES

Derechos fundamentales, garantías constitucionales, principio de reserva legal, contenido esencial de los derechos.

ABSTRACT

The present article analyzes the status of fundamental rights within national and Latin American legal system. It also analyzes the aspects related to boundary, regulation, guarantees and limitations of the rights in the current Chilean Constitution.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Director del Centro de Estudios Constitucionales; Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Recepcionado el 7 de julio de 2005. Aceptado el 25 de octubre de 2005 (nogueira@utalca.cl)

KEY WORDS

Fundamental rights, constitutional guarantees, principles of legal reserve, essential content of the rights.

1. Introducción.

Los derechos fundamentales son tales por emanar directamente como atributos esenciales de la dignidad humana y constituir límites a la soberanía como establece el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, al estar expresamente definidos como emanaciones de la dignidad de la persona humana o como atributos esenciales del ser humanos por los Tratados ratificados por el Estado e incorporados al derecho interno y por poseer un procedimiento especial para su modificación o desarrollo, como lo establece el artículo 127 inciso 2° de la Carta Fundamental.

José Luis Cea señala que los derechos fundamentales son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”⁽²⁾.

En nuestro ordenamiento constitucional consideramos que por *derechos fundamentales o humanos* puede entenderse *el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.*

Es un punto pacífico hoy la naturaleza de derechos subjetivos de los derechos constitucionales no sólo en cuanto otorgan a la persona una facultad como asimismo un status jurídico en un ámbito de la existencia. Sin embargo, los derechos constitucionales poseen también una significación objetiva, son como lo sostiene *Schneider*, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado constitucional contemporáneo. Así hoy se admite que los derechos cum-

² Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, página 221.

plen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución⁽³⁾.

Así, en el Estado Constitucional Democrático los derechos constitucionales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico.

Los derechos son fundamentales por su posición dentro del Estado constitucional como normas jurídicas supremas se constituyen en presupuestos de validez material para la creación, interpretación y aplicación de otras normas del derecho infraconstitucional⁽⁴⁾.

Esta vinculación del legislador por los derechos, propia del paso del Estado de Derecho al estado Constitucional, llevó a Krüger a afirmar, ya a mediados del siglo XX que, «Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales»⁽⁵⁾.

La condición de esenciales o fundamentales de los derechos en el Estado Constitucional implica la prevalencia de ellos sobre toda norma anterior o sobrevenida, en la medida que tales derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía⁽⁶⁾ obligando a todos los poderes estatales como establece el inciso 2º del artículo 5º⁽⁷⁾, pudiendo ser aplicados directamente ya que constituyen parte de la Constitución⁽⁸⁾, y constituyendo criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del derecho, ya que como señala el artículo 1º, inciso 4º de la Constitución, *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

³ Schneider, H.P. 1979. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático*. Revista de Estudios Políticos N° 7 (Nueva época), Madrid. España, pág. 23.

⁴ Correa Henao, Magdalena. 2003. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá, Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia, página 21.

⁵ Krüger, Herbert. 1950. *Die Einschränkung von Grundrechten nach Grundgesetz*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*. Página 626.

⁶ En efecto, la primera frase del artículo 5º inciso 2 de la Carta Fundamental, prescribe. *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*.

⁷ Dicho enunciado normativo establece: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

⁸ El inciso 2º del artículo 6º de la Constitución determina: *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo”*.

Los derechos fundamentales como atributos de la persona asegurados por el orden constitucional, son exigibles por ella respecto de todos los órganos y autoridades estatales y todos los particulares.

Incluso el poder constituyente está limitado frente a los derechos fundamentales por el principio constitucional que ellos constituyen límites de la soberanía (Art. 5º inciso 2º), por tanto, una vez incorporados al ordenamiento son irreversibles y solo pueden desarrollarse de acuerdo al principio de progresividad.

La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de su propio texto o de un tratado internacional, ya que los derechos son inherentes a la dignidad de la persona humana y el texto constitucional sólo los asegura y garantiza, como señala Niken, «el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Resulta inconcebible para la dignidad humana, que «lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental»⁽⁹⁾. Así, aún cuando se eliminaran formalmente de la Carta Fundamental constituirían vinculando al Estado como derechos implícitos.

La concepción de los derechos implícitos esta asumida en nuestro sistema constitucional por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁾ y reforzada normativamente por el artículo 29 c) de la Convención Americana al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para «excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno».

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e

⁹ Pedro Niken. 1989. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Caracas, Venezuela.

¹⁰ El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25º: «... la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales».

«Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional».

implicitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático americano así lo reconoce.

A su vez, *el principio de progresividad* lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.

Esta perspectiva se ve reforzada y complementada por los diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29 b) dispone que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de « limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados». El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, en el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4º; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41; entre otras.

La *eficacia directa de los derechos* constituye la capacidad de obligar a los poderes públicos, autoridades, grupos y personas, sin necesidad de que medie desarrollo legislativo previo que establezca las condiciones de su ejercicio y protección, constituyendo un deber positivo de garantía y promoción de todos los órganos estatales.

E. Boeckenforde señala que “si los derechos fundamentales garantizan delimitados contenidos (axiológicos) jurídico-objetivos del ordenamiento jurídico con rango constitucional, su realización no puede depender de una configuración infraconstitucional suficiente del ordenamiento jurídico privado.... El propio derecho fundamental se convierte en punto de conexión para los deberes de acción u omisión de terceros o para los propios derechos en el ordenamiento jurídico privado o en otros ordenamientos jurídicos parciales: ocusión de lagunas protección de valores en virtud de la supremacía de la Constitución o, precisamente, eficacia directa jurídico-material frente a terceros”⁽¹¹⁾.

¹¹ Requejo Pagés, Juan y Villaverde, Ignacio. 1993, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden, Ed. Nomos, página 129.

La eficacia directa de los derechos deriva de su aseguramiento y posición constitucional (Art. 6 y 19 de la Constitución), de su carácter de atributo de la dignidad de la persona humana y de límite del poder estatal (Art. 5° inciso 2°), y como también de la obligación del legislador de no afectar su contenido esencial, como lo establece el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental ⁽¹²⁾.

Los derechos fundamentales constituyen la dimensión material del orden constitucional democrático fortaleciendo y perfeccionando, como señala Manuel Aragón, “el principio democrático” ⁽¹³⁾.

La Constitución delimita y fija los límites de los derechos y posibilita la *regulación* de ellos a través de la ley, como lo establecen los artículos 63, 64 y 32 N° 6, sin que el legislador pueda afectar su contenido esencial, como lo establece el artículo 19 N°26 de la Constitución. Así se establecen dos garantías normativas, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de los derechos.

Consideramos que las garantías jurisdiccionales no integran la definición de los derechos en el ordenamiento constitucional chileno, aunque ellas constituyen elementos complementarios de mucha importancia para su efectividad práctica. En efecto, en nuestra Carta Fundamental no todos los derechos fundamentales tienen la misma protección jurisdiccional, al no operar la misma acción constitucional para todos ellos, en efecto, el recurso o acción de protección solo garantiza algunos de ellos (Art.20).

2. La delimitación, los límites y limitaciones de los derechos.

2.1. La delimitación y los límites de los derechos.

Delimitar un derecho es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites. En otras palabras, delimitar es determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho lo que determina sus contornos.

Para delimitar el contenido del derecho deben tenerse presente dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste; y el tratamiento

¹² El artículo 19 asegura a todas las personas: N°26 “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

¹³ Aragón Reyes, Manuel. *La eficacia jurídica del principio democrático*. Revista española de Derecho Constitucional, año 8 numero 24, Septiembre-Diciembre 1998, página 9-45 (especialmente 27 a 33).

jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional ⁽¹⁴⁾.

Así, en cada norma, la Constitución concreta el tratamiento jurídico de ese sector de la realidad y especifica el contenido de la protección misma otorgada por el derecho, dicha exégesis debe realizarse en el contexto de una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución, lo que delimita el derecho en sus límites intrínsecos, vale decir, aquellos que dependen de su propia naturaleza.

Todo derecho en este sentido es limitado ya que ampara sólo el contenido del derecho garantizado constitucionalmente, el cual tiene presente el contenido de los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados.

La Constitución siempre prefigura el derecho y lo determina en su contenido esencial, pero en ciertas ocasiones no realiza su configuración, la cual la deja en manos del legislador en los casos que ella expresamente lo autoriza.

El límite de un derecho es la frontera entre lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera.

Los límites o fronteras de los derechos consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico.

La Constitución constituye un sistema armónico y coherente de derechos, donde cada una de sus normas es útil para determinar tanto la delimitación de los derechos como las limitaciones (restricciones) a las que ellos podrán estar sujetos.

Como sostiene Konrad Hesse, la «*presunta contradicción entre normas constitucionales se puede solucionar de dos modos: establecer una decisión de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra o intentar conseguir una optimización de forma que se apliquen ambas normas constitucionales a la vez*» ⁽¹⁵⁾.

¹⁴ Ver De Otto y Pardo, Ignacio. 1988. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, en Martín-Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Cuadernos Cívitas Derecho Constitucional. Ver también su libro 1988. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Segunda edición, Madrid, Ed. Ariel Derecho.

¹⁵ Citado por Gavara de Cara, Juan Carlos. 1994. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Ed Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pág. 291.

Consideramos que no pueden utilizarse algunos enunciados constitucionales de derechos o bienes jurídicos para anular otros; todos ellos son elementos constitutivos del orden constitucional que no pueden entrar en contradicción, pudiendo sólo existir conflictos aparentes por una inadecuada o deficiente delimitación de los derechos, estos deben interpretarse siempre en el sentido de darles un efecto útil y la máxima efectividad, vale decir, optimizándolos dentro de su ámbito propio. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a aniquilar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro, a su vez todos ellos tienen incorporado el límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad.

Los límites de los derechos pueden clasificarse atendiendo a su formulación, en límites *expresos* y *generales* (bien común), límites *expresos* y *específicos* para cada derecho (seguridad nacional, moral, orden público, conservación ambiental) o *límites implícitos*, como puede ser la competencia general del legislador para regular y desarrollar los derechos, en la medida que la Constitución la reconozca como tal, como ocurre en el caso español.

También pueden clasificarse los límites atendiendo a si ellos están establecidos para asegurar a los demás el disfrute de los mismos derechos o si ellos los límites están para impedir acciones dañosas para la sociedad (armoniza los derechos de cada uno con el bien común).

A su vez, teniendo presente el criterio de aplicación y eficacia, los límites pueden ser clasificados en *límites expresos* y *de eficacia inmediata* que son aquellos que derivan directamente de la Constitución y que operan sin necesidad de intervención legislativa ⁽¹⁶⁾; o pueden ser *límites de habilitación*, vale decir, límites que habilitan al legislador para concretar limitaciones previstas en la Constitución.

2.2. La limitación de los derechos en nuestro ordenamiento constitucional.

El concepto de *limitación de un derecho* puede tener dos connotaciones, significa por una parte la determinación del contenido material del derecho, por otra parte, significa la imposición de restricciones al derecho. Así, dependiendo de la connotación utilizada, el concepto *limitación* consiste en poner fronteras a una cosa o una acción o fijar su extensión.

La *limitación en el sentido de restricción* o de ceñir la realidad material o inmaterial de algo, está contenida por los límites, en la medida que el acto de limitar un derecho no puede

¹⁶ Muñoz Arnau, Juan Andrés. 1998. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Madrid, Ed. Aranzadi, página 22.

llegar al punto de desnaturalizarlo, transformándolo en otro, o haciendo imposible su reconocimiento y ejercicio, como lo establece el artículo 19 N° 26 de la Constitución ⁽¹⁷⁾.

La limitación en cuanto restricción del derecho es un acto que procede desde fuera e implica alterar la condición natural del derecho. La limitación exterior al derecho se refiere a un límite constitutivo del derecho y no al carácter declarativo del límite ya preexistente ⁽¹⁸⁾.

La limitación de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico sólo puede concretarse por el órgano o la autoridad dotada de competencia por la Constitución con ese fin, de acuerdo al procedimiento y las formalidades establecidas para ello, de acuerdo a lo que establece nuestro artículo 7° de la Carta Fundamental, en su inciso 1° y 2° ⁽¹⁹⁾.

Así, solo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales, ya que su carácter de derechos fundamentales deriva de su aseguramiento constitucional expreso o implícito, como asimismo, por el hecho de que su regulación está reservada exclusivamente al legislador (Artículos 19 N° 26, 32 N° 3 y 6; 63 y 64 de la Constitución. Ninguna norma constitucional habilita a ningún otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones-restricciones de los derechos fundamentales.

La Constitución asegura, garantiza y promueve los derechos, como asimismo los delimita, estableciendo limitaciones ordinarias y extraordinarias.

El legislador puede configurar y regular los derechos en los casos que autoriza la Carta Fundamental, teniendo siempre como límite la Constitución, ya que cada derecho está llamado a ejercerse libremente en su ámbito propio, en armonía con todos los demás derechos y bienes constitucionales.

Así los derechos fundamentales no pueden ser limitados o restringidos por el legislador en base a bienes o principios infraconstitucionales no reconocibles explícita o implícitamente en el texto Constitucional.

¹⁷ La Constitución chilena, en su artículo 19 asegura a todas las personas "N° 26: La seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio" (lo destacado es nuestro).

¹⁸ De Otto y Pardo, Ignacio. Op. Cit. página 152.

¹⁹ El artículo 7° de la Constitución determina: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

"Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

3. La Constitución como fuente de los derechos fundamentales y sus limitaciones.

La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que lo identifican, como asimismo, determina límites ordinarios y extraordinarios o autoriza al legislador para establecer limitaciones.

De la especificidad de los enunciados constitucionales del derecho se pueden precisar atributos definitivos y situaciones de hecho no protegidos por el derecho.

Así el grado de apertura de los enunciados constitucionales de derechos fundamentales (ambigüedad de ellos o la autorización constitucional para la configuración o restricción del derecho a favor del legislador) determinan situaciones jurídicas denominadas *prima facie*, vale decir, un derecho asegurado y garantizado por el orden constitucional, pero cuyo alcance no está previsto o precisado de modo definitivo por la Constitución, por lo que su objeto, sus obligaciones o sus obligados requieren una mayor concreción o precisión.

En efecto, la Constitución establece derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva por ella, determinando sus contenidos y sus contornos o fronteras, es el caso en el artículo 19 N°1 del derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos; en el artículo 19 N°2, del derecho a no ser objeto de diferencias arbitrarias; del artículo 19 N°3 que establece el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales; el derecho a una justa y racional investigación y proceso; el derecho a que no se presuma de derecho la responsabilidad penal; el derecho del inculcado a no declarar bajo juramento sobre hecho propio; el derecho a no ser sancionado con la pérdida de derechos provisionales; el derecho a la indemnización por error judicial; el artículo 19 N°6, que asegura el derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; el artículo 19 N°10, que precisa el derecho de los padres de educar a sus hijos; el derecho a la educación básica y media; el artículo 19 N°11, el cual precisa el derecho a la libertad de enseñanza sin otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional; y el derecho de de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos y el derecho a que la enseñanza oficialmente reconocida no se oriente a propagar tendencias político partidista alguna; el artículo 19 N°12, el cual determina el derecho de emitir opinión o informar sin censura previa; el artículo 19 N°14 que establece el derecho de presentar peticiones a las autoridades sobre cualquier asunto público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes; el artículo 19 N°15 que precisa el derecho de asociarse sin permiso previo cuyo límite esta dado por la moral, el orden público y la seguridad del Estado y el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación; el artículo 19 N°20 que establece el derecho de no ser objeto de tributos manifiestamente desproporcionados o injustos; el artículo

19 N°22 que asegura el derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria en el trato del estado y sus organismos en materia económica; para señalar sólo algunos de estos derechos.

En otros casos, la Constitución habilita al legislador para regular los derechos, ya sea configurándolos o estableciendo sus contornos o fronteras, como asimismo, estableciendo limitaciones o restricciones a los atributos o facultades aseguradas por las normas constitucionales, que constituye la regla en nuestro orden constitucional, como ocurre por ejemplo, con el artículo 19 N°1 que prescribe que la ley protege la vida del que esta por nacer; el artículo 19 N°3 inciso 3° que precisa que el derecho a defensa jurídica de quienes no puedan procurársela por sí mismos, será arbitrado por la ley; el artículo 19 N°7 literal b) determina el derecho a que nadie ser privado de su libertad personal ni que ella sea restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes; el artículo 19 N°17 que prescribe el derecho de admisión a todas las funciones y empleo públicos sin otros requisitos que los que impongan la Constitución o las leyes; el artículo 19 N°20 que asegura el derecho a la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley; el artículo 19 N°21 que precisa el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen; el artículo 19 N° 23 que habilita a una ley de quórum calificado para establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes, cuando así lo exija el interés nacional; el artículo 19 N°24 que delimita el derecho de propiedad, habilita al legislador para establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; el artículo 19 N° 26 que determina el derecho de las personas a la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Esta concreción o precisión en los casos autorizados por la Constitución debe provenir de la intervención del legislador, que contribuye en tal caso a especificar los supuestos de orden material y formal para reconocer el ámbito propio de dicho del derecho y las finalidades que se persiguen, completando así el régimen jurídico del respectivo derecho.

En efecto, los enunciados constitucionales de derechos fundamentales pueden establecer habilitaciones específicas al legislador para establecer *regulaciones* de ellos como hemos visto en las disposiciones citadas en los párrafos anteriores, ya sea completando su contenido y fronteras o para imponer limitaciones al ejercicio de ellos.

El legislador está así habilitado por la Constitución, de acuerdo a los artículos 19 N°26 y 60, como asimismo a las disposiciones constitucionales específicas que regulan los respectivos derechos para completar el régimen jurídico de los derechos, en los casos autorizados por ella.

En lo referente a las limitaciones de los derechos, puede sostenerse que forman también parte del componente dogmático de normas constitucionales para la fijación de limitaciones de los derechos los demás derechos, bienes, valores o principios constitucionales que informan el ordenamiento constitucional en su totalidad y que contribuyen a fijar los alcances y eficacia jurídica de cada derecho que integra el sistema constitucional además de los siguientes enunciados normativos constitucionales referentes a las normas constitucionales que posibilitan al poder constituyente para reformar la Constitución y que establecen sus límites (artículo 5 y capítulo XV); las disposiciones que consagran pautas de interpretación de los derechos y las que establecen garantías de protección; las normas que posibilitan al Poder Legislativo regular los derechos con el objeto de desarrollarlos y limitarlos -restringirlos; las normas que habilitan al Tribunal Constitucional en su función de intérprete supremo pero no único de la Constitución y su competencia de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

La enumeración anterior obliga a tener presente para el efecto de las limitaciones de los derechos, las reglas referentes a los procedimientos para la creación de las normas constitucionales y legales, como asimismo, para el ejercicio de las competencias constitucionales de configuración o limitación de los derechos y las correspondientes a interpretación constitucional.

Asimismo, deben considerarse las normas que sujetan a las demás autoridades al respeto de los derechos, en los términos dispuestos en la Constitución (artículo 5 inciso 2°), excluyendo cualquier competencia de estos para la definición del régimen jurídico general de los derechos y garantías constitucionales, o lo que es lo mismo, estableciendo una prohibición constitucional de afectar el estatuto jurídico de los derechos fundamentales.

Sin embargo, nos parece necesario explicitar que la fuerza expansiva propia de todo derecho fundamental y del principio “favor persona” restringe el alcance de las normas legislativas limitadoras de los derechos, debiendo los límites de los derechos ser interpretados con criterio restrictivo y siempre en el sentido más favorable a la eficacia y concreción del derecho en su delimitación constitucional.

4. Los límites de la reforma constitucional para la limitación de los derechos fundamentales.

En esta materia debemos considerar y analizar dos aspectos centrales: el procedimiento de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales y los límites del poder constituyente derivado en materia de derechos fundamentales.

a. El procedimiento de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales.

La Constitución constituye la fuente jurídica básica para determinar las limitaciones de los derechos fundamentales, por tanto, el procedimiento de reforma constitucional constituye un elemento de análisis indispensable en la materia.

Los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico sólo pueden ser asegurados y modificados a través del procedimiento extraordinario de reforma de la Constitución, cuya iniciativa corresponde al Presidente de la República o a cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, las cuales no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni mas de cinco senadores según determina el artículo 127 de la Constitución en armonía con el artículo 65 de ella, luego de su debate el proyecto requiere su aprobación por los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, como dispone el artículo 116 inciso 2º de la Carta Fundamental.

En este ámbito es necesario precisar que no sólo los derechos fundamentales forman parte de este procedimiento de reforma constitucional, sino que junto a ellos comparten tal procedimiento los capítulos sobre Bases de la Institucionalidad, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y de orden y seguridad, el Consejo de Seguridad Nacional y el propio capítulo de reforma de la Constitución. Dicho procedimiento no constituye a dichos contenidos constitucionales en normas de superior valor sino sólo de un procedimiento agravado de reforma constitucional.

El Presidente de la República puede vetar total o parcialmente la reforma constitucional aprobada por el Congreso Nacional en cuyo caso el proyecto debe volver al primero para que cada cámara se pronuncie sobre los vetos del Presidente, pudiendo insistir en el proyecto o en algunas de las disposiciones contenidas en este originariamente aprobado por ellas, por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, devolviéndose al Presidente para su promulgación.

Obviamente las Cámaras pueden aceptar las modificaciones introducidas por el Presidente a través del veto en cuyo caso también devolverán el proyecto para la promulgación del Presidente. En caso de no haber acuerdo en las Cámaras sobre el veto presidencial, sin existir mayoría suficiente para la insistencia por los dos tercios de cada cámara, simplemente no habrá reforma de la Constitución en aquella materia.

El Presidente de la República está habilitado por el artículo 128, inciso 4º de la Constitución, para consultar a la ciudadanía mediante plebiscito sobre aquellos aspectos de la reforma insistida por el Congreso y vetada por el Jefe de Estado. El plebiscito se debe realizar dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas cámaras insistan en el proyecto aprobado por ellas y será convocado mediante decreto supremo, el que fija la fecha de la votación plebiscitaria, según dispone el artículo 129 de la Constitución.

Cabe preguntarse si el constituyente instituido tiene algún límite material para el desarrollo de su cometido. En nuestro ordenamiento constitucional la respuesta es que efectivamente el poder constituyente instituido tiene además de los límites formales y de procedimiento, límites materiales para el desarrollo de su tarea.

b. Los derechos esenciales como límites de la soberanía.

La potestad constituyente instituida o poder de reforma constitucional se encuentra limitado no sólo por procedimientos previstos en la Carta Fundamental diferentes al procedimiento legislativo para aprobar una reforma constitucional y el quórum calificado con que dichas reformas deben ser aprobadas, sino que existe un límite material o sustantivo, el cual es la intangibilidad de los derechos ya asegurados, los cuales constituyen límites a la soberanía estatal, de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución ⁽²⁰⁾.

El poder constituyente instituido está limitado y vinculado por los derechos que constituyen el límite material a la potestad de reforma constitucional, operando como una garantía para las personas y un límite al poder constituyente. Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, constituyen la base jurídica material del orden constitucional y la legitimidad del poder constituyente derivado se asienta no solo en los procedimientos formales, sino también y fundamentalmente en el sostenimiento y afianzamiento de los derechos fundamentales.

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos constituyen una vinculación que el poder constituyente debe respetar en cuanto límite de la potestad estatal, cuyo respeto dota de adecuada validez jurídica a la reforma constitucional. Una reforma constitucional que vulnere los derechos esenciales es una reforma que carece de validez jurídica por socavar las estructuras sustantivas o materiales de nuestro Estado Constitucional, concretando expresamente en nuestro ordenamiento la caída de la omnipotencia clásica del poder constituyente.

Los *derechos esenciales* asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes son parte de los derechos que constituyen límites a la soberanía, en la medida que el propio Estado mediante la ratificación los ha considerado como tales, ya que normalmente los tratados que los contienen los definen como atributos esenciales de la personas o derivaciones de la dignidad humana, como ocurre, entre otras convenciones y pactos del derecho internacional de los derechos humanos, con la Convención Americana de Derechos Humanos, el

²⁰ El inciso 2° del artículo 5° de la Constitución determina. “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas⁽²¹⁾. Además puede invocarse la doctrina de los actos propios, que impide a un Estado y a sus órganos, actuar contra lo que han sido sus propios actos, lo que violenta profundamente la buena fe y el cumplimiento de las obligaciones contraídas libre y voluntariamente.

Así los derechos esenciales, fundamentales o humanos constituyen un bloque constitucional que tiene en nuestro ordenamiento una fuente interna y una fuente internacional, además de los derechos implícitos y los principios imperativos del derecho internacional o principios de *Ius Cogens*, todos los cuales nutren y enriquecen los enunciados normativos constitucionales respecto de los derechos esenciales, integrándose a la constitución material e integrando el parámetro o canon de control de constitucionalidad de los actos y normas emanados de los poderes constituidos, lo que permite armonizar los principios constitucionales de supremacía de la Constitución contenido en su artículo 6° y la limitación de la soberanía por los derechos esenciales, establecido en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental. De dicha forma, la fuente internacional de derechos se constituye en una garantía complementaria que desde el derecho internacional fortalece y potencia el sistema de derechos, no pudiendo incorporar limitaciones o restricciones al sistema de derechos, todo ello de acuerdo al principio clásicamente denominado “favor o pro homine” y que en un lenguaje mas adecuado a estos comienzos del siglo XXI podemos denominar “favor persona”.

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, o mejor dicho, el bloque constitucional de derechos constituyen el núcleo que identifica y define básicamente nuestro orden constitucional, cuya subsistencia e irreversibilidad asegura la identidad mínima del orden constitucional. Una reforma constitucional que afecte negativamente el estatuto jurídico total o parcial de los derechos implica la sustitución del orden constitucional vigente por otro diferente, lo que constituye un acto jurídico y una conducta inconstitucional que significaría un rompimiento o destrucción del sistema constitucional.

El bloque constitucional de derechos en el ámbito ya asegurado constituye un límite material al poder de revisión de la Carta Fundamental y una garantía contra todo acto o norma de

²¹ Las convenciones internacionales referentes a derechos humanos a las que se refiere el artículo 5° inciso 2°, califican a los derechos en ellos reconocidos y garantizados como derechos «inherentes a la persona humana», tal es el caso del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que los define como «atributos de la persona humana», del Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; como en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, siendo todos ellos derechos esenciales, universales e inherentes a la persona humana.

cualquier poder instituido que busque disminuir el ámbito garantizado e irreversible de los derechos fundamentales.

En tal sentido, *el régimen constitucional del bloque de derechos es irreversible*, en el sentido de que impide su desconocimiento parcial o total, o su reforma parcial o total en un sentido de degradación o menor nivel de aseguramiento y garantía de los derechos que el ya asumido y asegurado constitucionalmente.

El constituyente aplicando el *principio de progresividad* de los derechos puede incorporar nuevos derechos, puede incorporar nuevas prerrogativas o nuevas garantías de los derechos, puede eliminar limitaciones de los derechos o del ejercicio de ellos, puede aumentar la resistencia de los derechos frente al legislador, todo ello es posible, en la medida que mejora y hace progresar el estatuto constitucional de los derechos o los dota de mayores garantías.

En definitiva, el ordenamiento constitucional posibilita la expansión y enriquecimiento del sistema de derechos, de acuerdo con el principio de progresividad, como asimismo impide su regresión o una reforma peyorativa a través del principio de irreversibilidad.

Por su parte, *las garantías normativas y judiciales de los derechos*, solo pueden modificarse, sin que ello produzca una reforma peyorativa o una disminución de la eficacia jurídica de los derechos, si se reemplaza una garantía por otra que mantenga el mismo nivel de garantía o mejore el nivel de protección y eficacia del derecho potenciándolo por una garantía que sea más eficaz y amplia.

Asimismo, consideramos que constituye un límite material al poder de revisión de la Constitución la garantía normativa constituida por el principio de reserva legal en materia de regulación de derechos, ya que ella concreta y realiza el principio democrático que constituye otra garantía de los derechos y límite de la potestad constituyente instituida o poder de reforma constitucional, salvo que la nueva institución constituya una forma mas efectiva de realizar la democracia en la regulación de los derechos fundamentales.

En la misma perspectiva, hay bastante jurisprudencia en el derecho constitucional comparado, sólo a modo ejemplar podemos citar la doctrina de la Corte Constitucional de Italia, la que ha emitido un conjunto de sentencias sobre los «principios supremos» del ordenamiento constitucional que identifican, como establece Cervato en Italia, con jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, señalando la existencia de un «núcleo de principios inderogables incluso para las mayorías que pudieran reformar la Constitución: este núcleo inviolable comprendería tanto los principios fundamentales del ordenamiento constitucional como los dere-

chos inalienables de la persona humana (Corte Constitucional. Sent. 183 de 1973; 30 de 1971; 12 de 1972; 175 de 1973; 1 de 1977 y 18 de 1982⁽²²⁾).

En el caso Chileno, dicha posición ha sido reiteradamente sostenida por la Corte Suprema de Justicia en sus fallos, entre ellos, el siguiente:

“...El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias lo ha reconocido.

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Revista Fallos del Mes Nº 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º)” (El subrayado es nuestro)⁽²³⁾.

5. La configuración constitucional de las limitaciones de los derechos.

Este análisis lleva a determinar donde se encuentran o ubican los límites, los elementos externos del ámbito limitable de los derechos, las diversas técnicas de interpretación para la definición de los tipos de limitaciones, la configuración constitucional de los derechos y las dimensiones de la regulación de los derechos por el legislador.

5.1. Las teorías sobre la ubicación de los límites de los derechos.

En esta materia es posible considerar dos teorías, la teoría de los límites internos de los derechos y la teoría de los límites externos de los derechos.

a. Teoría de los límites internos o inmanentes de los derechos.

²² Cervati, Ángel Antonio. 1991. El Legislador de los derechos fundamentales, en *La garantía Constitucional de los derechos fundamentales*. Ed. Universidad Complutense. Madrid, España. pág. 55.

²³ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol Nº 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I, página 236.

Esta teoría sostiene la concepción de que los derechos y los límites no pueden entenderse como categorías diferentes. El contenido del derecho se conforma por el conjunto de atributos y facultades que representa como por las fronteras o límites que se distinguen respecto del ejercicio de tales derechos.

Esta perspectiva de análisis sostiene que los derechos no son limitables, ya que no se admite como “jurídicamente válida la disminución del ámbito de protección o la ampliación del ámbito de restricción de los derechos, previstas en la Constitución”⁽²⁴⁾.

Ello no significa que los derechos son ilimitados, sino que la configuración constitucional de los derechos contiene las fronteras o contornos de los derechos, los cuales constituyen “límites inmanentes” como denomina Häberle⁽²⁵⁾ o “límites intrínsecos” como los denominaba De Otto⁽²⁶⁾, es decir, aquellos que vienen dados por la propia naturaleza de los derechos.

Así para reconocer los límites de los derechos es necesaria la delimitación del derecho, identificando el conjunto de facultades que este entraña y sus contornos o fronteras a partir de su construcción dogmática.

El legislador está limitado a regular el derecho dentro de dicho marco en los casos que la Constitución lo autorice, no se reconoce la existencia de una reserva general de limitación de los derechos a favor del legislador, como ocurre en el caso español.

b. La teoría de los límites externos de los derechos.

Esta teoría separa los conceptos de derechos y límites, denominando a éstos últimos limitaciones en cuanto implica restricciones en el ejercicio de los derechos.

Las limitaciones en cuanto restricciones establecidas por el legislador proceden de reservas específicas de limitación, las cuales son constitutivas de límites y no solamente declarativas de límites preexistentes de los derechos.

En esta perspectiva, el límite es externo al derecho mismo y viene dado por la necesidad de hacer compatible los derechos entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos.

²⁴ Correa Henao, Magdalena. 2003. Op. Cit, página 67.

²⁵ Häberle, Peter. 1997. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Trad. Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, página 108.

²⁶ De Otto, Ignacio. 1987. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.*, Madrid, Ed. Ariel Derecho, página 151.

5.2. Consideraciones finales.

Una de las lecturas del artículo 19 N°26 de la Constitución chilena, *prima facie*, parece inclinarse por la perspectiva de los límites externos a los derechos, en la medida que determina que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece *o que las limiten en los casos que ella lo autoriza*, no podrán afectar los derechos en su esencia....”.

El artículo 19 N° 26 establecería así una autorización al legislador para regular las garantías que la Constitución establece o para limitarlas preservando el contenido esencial de los derechos, lo que implicaría una prohibición de afectar el núcleo duro de los derechos, pero posibilitaría restringir los contenidos accesorios de estos.

Así la regulación de un derecho por el legislador, en esta lectura, podría consistir en la concretización legislativa del derecho como en el establecimiento de restricciones en algunos elementos que no forman parte del contenido esencial del mismo, las que deben justificarse de acuerdo al principio de proporcionalidad que se encontraría implícito en el texto constitucional en cuanto Estado de Derecho.

En este enfoque es necesario aceptar la existencia de límites *ex post* de la definición del derecho fundamental, por los límites que constituyen los otros derechos y bienes constitucionales implícitos o explícitos, los cuales son externos al derecho.

La regulación de los derechos –garantías, en este enfoque, podría significar tanto realizar una concretización legislativa como también establecer limitaciones a alguno de los elementos accesorios que integra el respectivo derecho, ambas posiciones estarían legitimadas por el artículo 19 N°26 de la Constitución, aún cuando es necesario explicitar que la limitación de los elementos accesorios del derecho debería fundarse en algún bien jurídico constitucionalmente determinado.

Una segunda lectura mas acuciosa del texto constitucional podría señalarnos que la autorización constitucional del artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental no es para regular o limitar los derechos sino sólo las garantías de los derechos que ella asegura, lo que implicaría no afectar el contenido esencial de los derechos que sería equivalente al contenido constitucionalmente delimitado, por lo que la regulación legal debiera moverse dentro de ese marco.

Asimismo, esta perspectiva se vería confirmada teniendo en consideración otras disposiciones como el artículo 19 N°8 que determina “*la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos* o libertades protegidas por el medio ambiente” ; a su vez el artículo 19 N°18 de la Constitución que asegura el derecho a la seguridad social,

estableciendo que *las leyes que regulen el ejercicio de este derecho* serán de quórum calificado”, donde la Carta Fundamental pone énfasis no en la regulación del derecho sino en la *regulación del ejercicio del derecho*. Asimismo, en el artículo 39 de la Constitución que regula los estados de excepción constitucional solo posibilita la afectación del *“ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura”* a todas las personas. Así de una interpretación sistemática y finalista de la Carta Fundamental en esta materia podría sostenerse que las leyes sólo regulan *el ejercicio de los derechos* y no los derechos mismos, los cuales estarían delimitados y definidos en sus contornos constitucionalmente, no existiendo límites externos sino solamente límites intrínsecos o internos.

Ambos enfoques analizados protegen los derechos, pero en dimensiones diferentes: la teoría de los límites internos, intrínsecos o immanentes, establecen una dimensión objetiva de los derechos, mientras que la teoría de los límites externos a los derechos los busca proteger en una dimensión subjetiva.

La diversidad de enfoques no altera el principio básico de que los límites (internos) o limitaciones (restricciones) externas que se concretan sobre los derechos, solo se pueden justificar desde la Carta Fundamental, a la cual el legislador esta estrictamente vinculado y subordinado.

En todo caso, puede señalarse de una manera general, ya sea sosteniendo de delimitación y límites internos de los derechos constitucionales o la perspectiva de limitación externa de ellos como restricción a los derechos prefigurados, en ambos casos se reconoce el carácter no absoluto de los derechos y la necesidad de su desarrollo en sociedad en armonía con los demás bienes constitucionalmente protegidos en una interpretación unitaria y reconociendo el efecto útil de todas las enunciados constitucionales.

Por otra parte, es también punto pacífico la función que corresponde al legislador en la configuración y desarrollo de los derechos como asimismo en su tarea de limitación-restricción cuando existe una habilitación constitucional y basarse en un bien constitucionalmente determinado en forma expresa o tácita. Constituye así tarea del legislador fijar o explicitar los contornos de los derechos fundamentales.

En todo caso, la validez de dicha regulación legal de los contornos de los derechos o su eventual restricción dependerá del respeto al contenido esencial de los derechos.

6. La regulación de los derechos fundamentales.

Asimismo es necesario especificar y determinar el contenido y alcance del vocablo *regular* los derechos que emplea nuestro texto constitucional.

Regulación implica una afectación normativa a través de la cual se establecen modos, condiciones, formas y limitaciones-restricciones del ejercicio de los derechos, la que se despliega a partir del contenido del derecho, tal como resulta de la construcción dogmática del mismo a través de su definición abstracta.

La regulación del ejercicio de un derecho implica la previa delimitación del derecho.

La regulación presupone un derecho fundamental configurado en la Constitución, la que precisa su extensión. Por ello consideramos que *la regulación del ejercicio del derecho presupone la existencia y delimitación del derecho*, lo que constituye un concepto de carácter abstracto, tal definición se hace mencionando genéricamente una conducta que en la realidad *será siempre susceptible de diversas modalidades al concretarse*.

El concepto o noción de regulación desarrollado por la jurisprudencia no es susceptible de aplicarse a los *derechos que establecen un contenido de carácter negativo*, donde no se garantiza la ejecución de una conducta sino que se establece la prohibición de ella, como ocurre con algunos derechos en nuestra Carta Fundamental, por ejemplo: el no ser objeto de apremios ilegítimos (artículo 19 N°1), la inviolabilidad del hogar (artículo 19 N°5), el no declarar como inculpa bajo juramento sobre hecho propio (artículo 19 N°7, literal f), la no aplicación como sanción de la pérdida de derechos previsionales (artículo 19 N° 7 literal h); ya que estos derechos y garantías no constituyen conductas que pueden sujetarse a formalidades o procedimientos.

El regular el ejercicio de un derecho se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se refiere a la *forma puramente externa de manifestación de derechos, de modo que la actuación de éstos habría de someterse a requisitos que no afectarían a la actividad misma y que se dirigirían a garantizar la publicidad de la conducta amparada por el derecho fundamental* (S.T.C. 11/81), o como *procedimiento o formalidades a las que se somete el ejercicio de un derecho, los que no pueden ser «tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio de tales derechos»*.

Esta concepción ha sido asumida también por el *Tribunal Constitucional Chileno*, el que ha sostenido “ *Que, si bien por regular conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘ajustado y conforme a reglas’, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho, por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo*” ⁽²⁷⁾.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N°167, de 6 de abril de 1993, considerando 12.

La regulación de los derechos fundamentales está entregada en nuestro orden constitucional chileno exclusivamente al legislador a través de la garantía normativa de la reserva de ley.

7. La garantía normativa constitucional de la reserva de ley.

La reserva de ley constituye la técnica o principio en virtud de la cual se exige desde la Carta Fundamental que una determinada materia será regulada por ley; siendo el legislador en cuanto cuerpo representativo, el encargado de establecer las normas que dispongan el régimen jurídico de dicha área o asunto reservado, todo ello de acuerdo a los principios de publicidad, debate y contradicción que las convierten en decisiones democráticas y les otorgan un plus de legitimidad.

Una garantía normativa de los derechos se expresa en el principio de reserva legal que hace el constituyente para la regulación de los primeros. La reserva de ley en sus orígenes representó una garantía de las personas frente a las intervenciones directas del gobernante o Rey, así el Poder Ejecutivo debía encuadrarse en el ámbito autorizado por el legislador. El legislador es el órgano más apropiado para regular los derechos, en la medida que es el intérprete de la soberanía nacional más representativo de la sociedad en cada momento histórico, en virtud del principio democrático y del Estado de Derecho, excluyendo así al administrador como regulador primario de los derechos fundamentales.

En materia de reserva de ley se han desarrollado dos modelos, el alemán y el francés. El modelo alemán establece que el legislador está capacitado para intervenir en cualquier materia, constituyendo el principio de reserva legal, un medio para garantizar la supremacía de la ley. El modelo francés considera que el legislador sólo puede intervenir en las materias taxativamente señaladas por la Constitución. La reserva de ley, en este caso, es un medio para restringir materialmente la supremacía de la ley, mediante una distribución de competencias entre el Poder Ejecutivo y el legislador.

En Chile, la Carta Fundamental vigente sigue en parte el modelo francés, al fijar un contenido taxativo al dominio legal (art. 63 de la Constitución) y establecer un dominio reservado al reglamento autónomo (art. 32 numeral 6, inciso primero). Sin embargo, introduce también algunas técnicas de garantías rígidas del modelo alemán, como son la vinculación directa del legislador a los derechos constitucionales (art. 6) y la garantía del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26).

La reserva de ley es también una norma de competencia y regla de rechazo. Es una *norma de competencia*, en el sentido de que es un enunciado jurídico que califica como jurídicos a otros enunciados. En efecto, las normas de competencia califican a determinados enunciados jurídicos como válidos. Para que éstos puedan ser considerados válidos, deben reunir como

condiciones mínimas que procedan de un determinado órgano, que hayan sido creados de acuerdo a determinado procedimiento y que traten sobre una determinada materia. A su vez, la *reserva de ley es una regla de rechazo*, entendiéndose por tal, todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio que señala que determinados enunciados normativos no tienen carácter legal o no pertenecen a un determinado tipo de cuerpo jurídico.

Así, en relación a la reserva de ley, se califican como enunciados no jurídicos los que no reúnen los siguientes requisitos como mínimo: que no procedan de un determinado órgano (Congreso Nacional), que no sean creados de acuerdo a un determinado procedimiento (procedimiento legislativo, arts. 65 a 75 de la Constitución) y que no traten de una cierta materia (materia de ley, art. 63 de la Constitución).

El efecto de la garantía constitucional de la reserva de ley es doble, por una parte, inhabilita a los demás poderes públicos para intervenir en la regulación de los derechos fundamentales, y por otra, determina que la potestad legislativa es irrenunciable en la materia reservada (artículos 64 inciso 2º, en armonía con los artículos 32 N° 3 y 6 y 19 N°26 de la Constitución).

La reserva de ley implica *reserva del órgano más representativo del Estado* en cuanto órgano representativo de la pluralidad de sectores y fuerzas políticas vigentes en la sociedad política, siendo sus representantes los que participan en la elaboración de la norma legal.

La reserva de la ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario. Se trata que sea el Congreso Nacional el que regule las materias que el constituyente le ha dado mayor trascendencia e importancia sometiéndolos al procedimiento legislativo que se basa en los principios de publicidad, contradicción y debate, reforzándose respecto de esas materias la garantía del pluralismo político. Además, en una perspectiva en que todos los sectores políticos representativos del país son escuchados, se puede lograr un mejor orden de prelación material y temporal, una mayor justificación racional y una definición pública más transparente del bien común.

El carácter democrático representativo del Congreso Nacional es cualitativamente distinto que el del gobierno, ya que manifiesta la voluntad de todos los sectores del pueblo, no sólo la voluntad de la mayoría como en el caso del gobierno, además sigue a un debate público, en que la decisión mayoritaria se configura normativamente en un contexto pluralista, con expresión de las minorías. Si bien la decisión es adoptada por la mayoría del cuerpo parlamentario, debe ser justificada públicamente en su relevancia y en su prioridad jurídica y temporal, pudiendo acercarse a una decisión más justa, representativa y adecuada.

Así se establece en la Carta Fundamental una sujeción estricta a la ley de la administración y el gobierno. Las autoridades solo aplican las normas jurídicas que han definido el régi-

men jurídico de los derechos fundamentales.

El juez no puede intervenir en los derechos fundamentales, salvo autorización específica y concreta, expresamente prevista en la Constitución y regulada por la ley.

La reserva de ley es una reserva absoluta que obliga al legislador a regular en forma directa los aspectos relevantes del régimen jurídico de los derechos, posibilitando así que de fuentes subordinadas emanen normas de detalle necesarias para la ejecución.

El Tribunal Constitucional ha precisado que “el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 60 de la Constitución, es una de las características sustanciales de aquella...”⁽²⁸⁾.

La frontera de la reserva de ley depende de la ordenación y de las relaciones existentes en cada Estado entre el Congreso y el Gobierno en el derecho constitucional vigente, definidas por cada Carta Fundamental en cada momento histórico concreto, dependiendo del ámbito de tareas que el Estado reivindica para sí mismo en función de sus respectivas metas.

Dicho principio de reserva legal previsto en los artículos 63 y 32 N°6 de la Constitución es de alcance general y de común aplicación en todos los casos en los cuales la Carta Fundamental ha señalado el dominio de ley para regular una materia determinada. De esta manera, no sólo *se reserva al legislador, sino que también se limita la libertad de acción del legislador en la regulación de los derechos fundamentales*, el cual queda obligado a regular las materias objeto de dicha reserva.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo este regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales. Así, en estas materias el legislador no puede establecer una habilitación genérica al gobierno para reglamentar la materia y deslegalizar la materia reservada, abdicando de su obligación constitucional.

Hoy el ámbito de la reserva de ley es de carácter amplio, desbordando los límites de carácter tradicional europeo que incluían lo que afectaba a las libertades y la propiedad. Hoy entran dentro de la reserva de ley, aspectos organizativos internos de diversas instituciones como las normas que regulan el orden público económico.

²⁸ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 370, del 9 de abril de 2003, considerando decimocuarto.

De esta forma, por regla general, el estatuto de un derecho constitucional está constituido por normas constitucionales y normas legales.

En el ordenamiento constitucional chileno, dos preceptos que fundamentan el *principio de reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos*, el artículo 63 N° 20, el que sostiene que son materia de ley toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, como asimismo, el artículo 19 N° 26, que determina la «*seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulan o complementan las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*».

La *reserva de ley ordinaria* es la que otorga una competencia más amplia para que el legislador limite o configure los derechos fundamentales, aun cuando no es un poder normativo en blanco, ya que siempre debe tener como justificación la existencia de un interés público legítimo y en ningún caso puede afectar el contenido esencial de los derechos.

Esta reserva de ley se complementa con la prohibición, que efectúa el constituyente, a los decretos con fuerza de ley establecidos en el artículo 64 inciso 2° de la Constitución, para que traten materias «*comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado*», lo que hace que la reserva de ley se constituya en reserva de procedimiento legislativo parlamentario, lo que permite identificar un componente democrático esencial del principio de reserva legal.

El principio de reserva de ley se refuerza en el caso en que el constituyente reserva la regulación de la materia al legislador de quórum especial (ley orgánica constitucional o ley de quórum calificado), en cuyo caso se requiere de mayor quórum (4/7 o mayoría absoluta, según el caso), y, por tanto, de mayor acuerdo parlamentario. En todo caso, no hay un criterio uniforme para determinar qué materias corresponden a qué tipo de legislador, ya que en materia de derechos, éstos pueden ser regulados, en general, por el legislador ordinario y en casos especiales, algunas materias se dejan al legislador orgánico y otras al *legislador de quórum calificado*. Por otra parte, en la mayoría de los órganos constitucionales, el desarrollo de su organización y atribuciones queda entregado al legislador orgánico constitucional, mientras otras regulaciones institucionales se dejan al legislador de quórum calificado.

Ante la diversidad de preceptos legales que consagra nuestro ordenamiento jurídico, la diferencia de quórum no constituye diferencia jerárquica, sino que opera el *principio de disyunción o especialidad procedimental*, ya que es el único órgano legislativo existente en el Estado, que opera con distintos requisitos tratándose de una o de otra materia, a diferencia de lo que ocurre cuando hay diversos órganos legislativos que tratan materias diferentes.

La *reserva de ley con quórum especial* se explica en nuestro ordenamiento jurídico para dar mayor rigidez a ciertas materias o instituciones en una perspectiva de democracia de compromiso y del veto de las minorías. Parece necesario en un futuro próximo, concretar una reforma constitucional que racionalice las materias propias de Ley Orgánica Constitucional y de Ley de Quórum Calificado, o si es posible un consenso, eliminar una de dichos tipos de leyes. En nuestro país existe una cantidad exagerada de tipos de preceptos legales, los cuales no se justifican en un Estado Constitucional democrático, por otra parte, debe racionalizarse coherentemente el contenido, peso e importancia de una norma y la legitimación y procedimiento del órgano competente para su creación, modificación o eliminación del orden jurídico.

Cabe señalar, además, desde una perspectiva práctica y en beneficio de una mayor claridad, certeza y estabilidad del orden jurídico, que en razón de conexión temática o de organicidad el Tribunal Constitucional ha considerado oportuno incluir junto a las materias reservadas, materias conexas limitadas cualitativamente, en el caso de leyes orgánicas constitucionales, donde se incluyen preceptos que exceden el ámbito estricto de la reserva cuando su contenido constituye un complemento necesario para su mejor inteligencia.

Esta perspectiva debe ser extremadamente prudente, ya que en una República Democrática como forma política de Estado y forma de gobierno, tal como está establecida en el artículo 4° de la Constitución, debe interpretarse en forma restringida la referencia a la legislación que exige quórum calificado, ya que su interpretación extensiva tiende a petrificar el orden jurídico en ámbitos que el constituyente no ha determinado, vaciando de contenido al legislador regular y ordinario, conculcando a las mayorías normales la posibilidad de regular dicho contenido normativo, trasformando lo extraordinario en ordinario.

Por último, cabe preguntarse qué sucede con los derechos que están garantizados constitucionalmente, sin que exista una reserva de ley que les afecte de manera especial, como es el caso, entre otros, del derecho a la protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia (artículo 19 N°4); El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8). En tales casos, caben dos tipos de respuesta, la primera, que ellos no pueden ser limitados por el legislador, ya que así lo ha deseado el constituyente, fortaleciendo el estatuto constitucional de tales derechos o, segunda, el legislador puede regular tales derechos aplicando justificaciones determinadas por la propia Constitución, tales como los derechos de terceros o la existencia de bienes jurídicos de rango constitucional. En esta encrucijada optamos por la segunda alternativa, la que consideramos más coherente con el sistema constitucional de derechos fundamentales y la idea que los derechos forman un sistema dentro del cual, ellos se interrelacionan y limitan recíprocamente, sin que se afecte su contenido esencial. Así, el artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena es aplicable a cada uno y a todos los derechos asegurados por tal precepto constitucional, estén con o sin reserva de ley, ya que consideramos que lo que no puede hacer el legislador tampoco lo puede concretar la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución del Presidente de la República.

Nuestro ordenamiento constitucional asume en materia de derechos humanos la perspectiva de que la regulación o limitación de los derechos sean siempre adoptadas por el legislador, con el máximo de desarrollo y densidad posible, ello transforma la reserva de ley en reserva parlamentaria, ya que lo «esencial» en materia de derechos fundamentales sólo puede ser resuelto por el Parlamento, sin que pueda haber un apoderamiento de dicho ámbito regulatorio por el titular de la potestad reglamentaria; incluso la Carta Fundamental chilena, en su artículo 64 inciso 2º, prohíbe expresamente que el legislador delegado pueda regular materias comprendidas respecto de derechos y garantías constitucionales, lo que está entregado sólo al legislador formal, al Congreso Nacional.

El Tribunal Constitucional, señala que «es principio general y básico del Derecho Constitucional chileno la «reserva legal» en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19 N° 13 de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no puede jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental)»⁽²⁹⁾.

La reserva de ley se establece en el artículo 19 N° 26, especialmente para los derechos fundamentales, en lo referente a la regulación de su ejercicio o la limitación de su ejercicio en los casos que la Constitución lo autorice, a esta materia se unen otras muchas, ya que la Constitución reserva a la ley ordinaria o de *quórum* especial la regulación de, prácticamente, todos los derechos con base constitucional.

Es necesario precisar que en nuestro texto constitucional hay derechos que no consideran en su texto la autorización para que el legislador pueda regularlos o limitarlos, en tal caso, puede sostenerse en la tesis de que el límite de los derechos es inmanente a su delimitación constitucional, por lo cual aún cuando ella no sea contemplada en forma específica, los derechos pueden ser limitados por el legislador.

En la materia, el Tribunal Constitucional ha establecido que, el regular o limitar legalmente los derechos *“jamás debe interpretarse en el sentido que impida el libre ejercicio de ellos. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo”*, asimismo, la misma sentencia, en el considerando 13º agrega *«Que, no está demás recordar que conforme con lo que dispone*

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 239, de 16 de julio de 1996, considerando 9º.

imperativamente la Constitución, los órganos del Estado están al servicio de las personas y al cumplir su finalidad de bien común deben hacerlo con «pleno respeto» de sus derechos y garantías (artículo 1º, inciso 4º), debiendo incluso promover su ejercicio, esto es, sin vulneración, perturbación o privación de ellos, y se atenta en su contra cuando se infringe una garantía tan básica como es la 'reserva legal' dispuesta por la Constitución para la regulación de la materia»⁽³⁰⁾.

La reserva de ley es de carácter absoluto en lo que afecta directamente a los derechos esenciales, con la única excepción del derecho de reunión, obligando a disciplinar de un modo directo la materia reservada, quedando a la fuente subordinada de carácter administrativo la sola adopción de normas de detalle y ejecución.

En la medida que la reserva de ley es reserva de actuación del Congreso Nacional con el procedimiento establecido en los artículos 65 a 75 de la Constitución, éste debe adoptar en todos los ámbitos básicos y, en especial, en el de los derechos constitucionales, las decisiones básicas, esenciales o importantes, lo que, a su vez, permite al Poder Ejecutivo la adopción de las decisiones que no sean básicas o esenciales, mediante reglamento.

En esta materia, el Tribunal Constitucional Chileno ha señalado que *«es principio general y básico del Derecho Constitucional chileno la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19 Nº 13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden afectar el contenido esencial de tales derechos»*⁽³¹⁾.

El Tribunal Constitucional también ha establecido que las regulaciones de los derechos en lo referente a condiciones, plazos y modalidades de ejercicio deben ser determinadas por ley, ya que es ésta y no el reglamento la que debe resguardar la garantía de la igualdad⁽³²⁾.

En el derecho comparado europeo se suele distinguir entre reserva absoluta y reserva relativa de ley. La reserva absoluta de ley se concreta cuando el constituyente establece la obligación para que el órgano legislativo regule, por sí mismo, la totalidad de la materia reservada a la ley, siendo sólo posible y permisible de remitir al reglamento las disposiciones de

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol Nº 167, de fecha 6 de abril de 1993, considerado 12 y 13.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 293 de fecha dieciséis de julio de mil novecientos noventa y seis, considerando noveno.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol Nº 247, de fecha 14 de octubre de 1996.

puro detalle tendientes a la ejecución de los preceptos legales. En cambio, la reserva relativa de ley, se caracteriza por permitir que la ley pueda limitarse a establecer las normas básicas de la disciplina respectiva reservada a la ley, pudiendo remitir el resto al reglamento. Estamos en presencia de reserva absoluta de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como «sólo por ley» o «la ley regulará», etc.; a su vez, estamos frente a una reserva relativa de ley cuando el constituyente utiliza términos tales como «de acuerdo con la ley», «con arreglo a la ley», «conforme a la ley», «en los términos que señale la ley», etc.

En la misma perspectiva, nuestro ordenamiento constitucional permite distinguir un segundo nivel del principio de reserva legal el que se encuentra establecido en enunciados constitucionales específicos, los cuales determinan un nivel más o menos absoluto de tal reserva dependiendo de las respectivas materias.

Esta segunda perspectiva ha sido considerada por el Tribunal Constitucional, el cual ha resuelto “Que la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ‘con arreglo a la ley’, ‘de acuerdo con las leyes’, ‘con sujeción a la ley’, ‘de acuerdo a lo que determine la ley’, o ‘en conformidad a la ley’, v.g. en los artículos 10 N°4; 24 inciso segundo, 32 N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor”⁽³³⁾.

En el caso de reserva legal en el nivel mas absoluto, la Constitución exige “un mayor grado de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración de los textos preceptivos que aprueba, pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado”⁽³⁴⁾.

A su vez, el Tribunal Constitucional ha precisado estos criterios, señalando “No puede la

³³ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 254, del 26 de abril de 1997, Considerando 26; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 370, del 9 de abril de 2003, considerando decimosexto.

Las referencias constitucionales de los fallos del Tribunal Constitucional deben actualizarse al texto refundido del 16 de septiembre de 2005, producto de la reforma constitucional de 16 de septiembre de 2005. Las referencias a los artículos constitucionales en las respectivas sentencias se refieren al texto vigente al momento en que se dictó la respectiva sentencia.

³⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 370, del 9 de abril de 2003, considerando decimooctavo.

ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”⁽³⁵⁾.

Nuestro Tribunal Constitucional ha precisado en diversas sentencias que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos, deben reunir los requisitos de *determinación y especificidad*. El requisito de *determinación* “*exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta en la norma legal*” y el requisito de *especificidad* requiere que la norma legal “*indique de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no pueden ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”⁽³⁶⁾.

Cumplidas tales exigencias, es lícito al Poder Ejecutivo utilizar la “*potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para así hacer posible el mandato legal*”⁽³⁷⁾.

Por tanto, donde la Carta Fundamental ha previsto “el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva este principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y con análogo sentido de estricto rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable al dominio de la ley”⁽³⁸⁾.

La reserva de ley como reserva de regulación del Congreso y de regulación legal mas absoluta o mas relativa, se transforma en último caso, en reserva de sentencia, ya que será el Tribunal Constitucional el que determinará dicho criterio en cada hipótesis normativa, el cual en virtud del principio de prohibición de exceso, propio del Estado de Derecho, deberá ponde-

³⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 370, del 9 de abril de 2003, considerando decimonoveno.

³⁶ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 325, del 26 de junio de 2001, Considerando 38, sobre restricción a la circulación de vehículos catalíticos.

³⁷ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 325, del 26 de junio de 2001, Considerando 38, sobre restricción a la circulación de vehículos catalíticos.

³⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 370, del 9 de abril de 2003, considerando vigésimo segundo.

³⁹ Gavara de Cara, Juan Carlos. Op. Cit. pág. 296.

rar la intervención del legislador en el ámbito de protección de los derechos esenciales fundamentales, la cual debe ser adecuada, necesaria y proporcionada.

El principio de reserva legal no excluye las remisiones que el legislador puede hacer a la autoridad administrativa para implementar las leyes, pero esta regulación reglamentaria está claramente subordinada a los parámetros con toda la densidad y extensión necesaria definidos por la ley con el único objeto de ponerla en ejecución.

Asimismo, la regulación legal en el sentido de restricción del ejercicio de un derecho debe tener siempre presente como parámetro de control de razonabilidad el principio de proporcionalidad, el cual, en el ámbito de los derechos implica una prohibición de intervención del legislador en sentido estricto o de limitaciones que no sean adecuadas o necesarias para la finalidad constitucionalmente consagrada y perseguida por el legislador a través de la regulación que afecte a los derechos esenciales. *Ello supone, como establece Gavara de Cara, «la existencia de una relación causal entre un medio y una finalidad que se vincula a un principio (el de proporcionalidad), mediante el cual se procede a examinar una finalidad establecida por el poder legislativo y la elección de la decisión normativa utilizada»*⁽³⁹⁾.

Así, el *principio de proporcionalidad*, también denominado principio de *prohibición de exceso* por Peter Lerche, comprende tres subprincipios: el *principio de finalidad*, que atiende a la legitimidad del fin perseguido por la norma; el *principio de adecuación*, que establece el control de idoneidad de la norma y su consistencia y coherencia con el fin perseguido; el *principio de necesidad* que determina la prescindencia o no de la intervención, determinando el peligro y la necesidad de que la norma legal produzca el menor daño posible, y el *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, que determina la racionalidad de la intervención, determinando el objeto de la intervención y el efecto que ella produce en el derecho.

8. El límite de la competencia del legislador para limitar los derechos fundamentales: el contenido esencial de los derechos.

Este límite de la capacidad del legislador de limitar los derechos viene dado por el *contenido esencial de los derechos*, como lo establece nuestro artículo 19 N°26 y lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional.

La Carta Fundamental de Chile sigue en la materia las normas preestablecidas en el artículo 19 de la ley Fundamental de Bonn, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal y el artículo 53.1 de la Constitución de España, como la jurisprudencia de las respectivos Tribunales Constitucionales⁽⁴⁰⁾.

⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional de España del 11 de Abril de 1981, Considerando 10.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 en su artículo 19.2 establece «en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental». A su vez, la Constitución de Portugal de 1976 en el artículo 18 N°2 prescribe «la ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución», agregando en el N°3 del mismo artículo que las leyes restrictivas de derechos y garantías «habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales». La Constitución Española de 1978 determina en el artículo 53.1 que «los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)».

Si se analizan los tres textos constitucionales, podemos llegar a la conclusión, en la que concordamos con Magdalena Lorenzo ⁽⁴¹⁾, en que el texto portugués se sitúa, en la materia en análisis, más adelante que Alemania y España, ya que establece «la existencia de un contenido esencial cuya extensión y alcance no podrá la ley atenuar o disminuir», lo que da mayor precisión al concepto que los textos de los países antes señalados.

En el caso chileno, la Constitución de 1980, en el artículo 19 asegura a todas las personas: N° 26 “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. A ello debe unirse el artículo 5 inciso 2° de la Constitución que determina que “La soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, con lo cual, el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una prohibición de regresión o expresada de manera positiva, una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales, lo que nos sitúa en la materia, en una afirmación y garantía mayor de los derechos fundamentales que los tres países antes mencionados.

Es interesante dejar sentado las diferencias de redacción de los ordenamientos constitucionales de Alemania, Portugal, como asimismo del caso chileno, en relación al caso español, este último, en el artículo 53.1 de la Constitución Española, establece una habilitación general al legislador para regular los derechos al establecer que «solo por ley podrá regularse el ejercicio», sujetando, como dice Ignacio de Otto y Pardo, «a todos los derechos a una mera

⁴¹ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, 1996, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, España, Editorial Comares, p. 156.

reserva, la de regulación de su ejercicio y al mismo tiempo, sujeta a esta al límite del contenido esencial»⁽⁴²⁾, mientras que en los demás casos, se establece que la regulación legal debe estar específicamente autorizada por la Constitución.

El objetivo del artículo 19 N° 26 no es atribuir un poder al legislador, sino limitar el que tiene atribuido por la propia Constitución, como lo hacen también las constituciones europeas antes señaladas.

El legislador esta obligado a respetar y tiene prohibido constitucionalmente afectar el contenido esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se constituye en la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos, constituyendo la dimensión constitucional del derecho proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar.

Como señala Otto y Pardo la *garantía del contenido esencial de los derechos constituye el límite de los límites* «porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas»⁽⁴³⁾, posición que apoya y fortalece el carácter directamente normativo de los derechos fundamentales.

El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa.

El *contenido esencial del derecho* es un concepto jurídico indeterminado que debe determinarse para cada derecho específico. En última instancia será el Tribunal Constitucional, como intérprete final de la Constitución quién especifique tal contenido esencial que hace reconocible al respectivo derecho.

La Corte Constitucional alemana, en la sentencia «Sozialhilfe», determinó que el contenido esencial inafectable de los derechos debe ser averiguado para cada derecho fundamental, a partir de su significado especial en el sistema global de derechos (BVerfGE 22, 180 (219)).

El contenido esencial puede definirse desde el derecho como un concepto jurídico, capaz

⁴² De Otto y Pardo, Ignacio. 1988. La Garantía del Contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española. En *Derechos Fundamentales y Constitución*. Martín Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio. 1988. Madrid, Editorial Civitas S.A., página 106.

⁴³ De Otto y Pardo, Ignacio. op. cit. página 126.

de ser depurado y perfilado técnicamente a fin de hacer operativo el límite jurídico que expresa en el proceso de aplicación del texto constitucional.

8.1. Las teorías absolutas y relativas sobre el contenido esencial de los derechos.

a) La teoría absoluta sobre el contenido esencial de los derechos.

Esta teoría enfoca la definición del contenido esencial de los derechos desde el enunciado normativo que contiene el derecho. El contenido esencial en la teoría absoluta es una “magnitud fija”, siendo un límite que se opone a todo intento de limitación.

En la doctrina alemana, Ekkehart Stein sostiene que los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al impedirse su ejercicio, tal limitación afecta al contenido esencial y, por tanto, es inconstitucional. Así E. Stein identifica el objeto de protección que constituye el contenido esencial del derecho, con los intereses individuales constitucionalmente protegidos.

A su vez, Düring precisa que los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter suprapositivo. Para el autor en comento, «la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea». Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos.

La dignidad de la persona se protege con el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales.

La Corte Constitucional alemana, en esta perspectiva, ha precisado que *«observar la dignidad humana implica una obligación de abstención por parte de los poderes públicos, que no podrán realizar actividades que perjudiquen la dignidad humana. Proteger la dignidad humana implica una acción positiva por parte de los poderes públicos, que deberán defender la dignidad humana cuando sea perjudicada»* (BVerfGE 1, 332 (343); 15, 249 (255); 61, 126 (137)).

El Tribunal Constitucional alemán ha dictado diversas sentencias en las que ha determinado la afectación de un derecho en su núcleo esencial, entre ellas destacamos las siguientes:

- a) El caso ELFES, donde la Corte Constitucional determinó que las leyes no deben infringir la dignidad de las personas por ser el valor supremo del ordenamiento jurídico, pero tampoco deben restringir las libertades moral, política y económica de las personas, ya que afectaría a su contenido esencial. Concluyendo que las personas tienen reservado un ámbito de configuración de su vida privada que comprendería un último reducto inafectable de la libertad humana excluido de la actuación del poder público en su conjunto. (BV erf GE 6, 32 (41); BV erf GE 6, 389 (433=; BV erf GE 27, 1 (6); Bv erf GE 27, 344 (352)).
- b) En sentencia sobre extracción de líquido cefalorraquídeo como medio de prueba en proceso penal, la Corte Constitucional estableció que, frente a determinadas intervenciones en la integridad corporal, aun cuando estuvieren establecidas en el cuerpo de una ley, existiría un límite absoluto cuya infracción afectaría el contenido esencial de un derecho fundamental. (Bv erf GE 16, 194 (201)).
- c) Sobre la internación de personas sin suficientes medios económicos de subsistencia en instituciones de ayuda social, se estableció que dicho internamiento de personas adultas para mejorar su calidad de vida constituía una intervención que afectaba el contenido esencial del derecho a la libertad personal. (BV erf GE 22, 180 (219-220)).

En España, Lucas Verdú señala que el contenido y núcleo esencial del derecho “circunscriben el intervencionismo legislativo en los derechos fundamentales porque se trata, respecto a ese núcleo esencial, de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado”⁽⁴⁴⁾.

La teoría absoluta del contenido esencial de los derechos relativiza el contenido periférico de los derechos, lo que puede entenderse si graficamos el núcleo duro como un círculo concéntrico cuya circunferencia constituye el límite o frontera que el legislador no puede traspasar nunca, sin embargo, el anillo periférico aparece como una zona de libre penetración por el legislador, el cual puede alterar en forma libre dicho anillo periférico, eventualmente en forma arbitraria e injusta. Además queda el problema de determinar donde se encuentra el límite entre el núcleo duro de los derechos y los contenidos accesorios o periféricos de estos.

⁴⁴ Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Ed. Reus S.A., Madrid, España, 1985, p. 171.

b) La teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos.

Esta teoría sostiene la necesidad en la fase de determinación del contenido esencial del derecho la consideración de las demás normas que contemplan bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Así la teoría relativa del contenido esencial de los derechos, hace que los derechos sean relativos a la valoración de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Un autor alemán que participa de este enfoque, Von Hippel, parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad. Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad. La tesis de Von Hippel requiere valorar intereses en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

Para la teoría relativa, el contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad (bien común).

Este enfoque hace del contenido esencial del derecho una noción extremadamente variable e insegura. En efecto, el contenido esencial del derecho, se confunde con la ponderación de derechos, el que pasa a ser el único límite del legislador, con lo que se desfigura el contenido esencial de cada derecho, estableciendo una jerarquización concreta que depende de una valoración subjetiva del interprete que puede variar de contenido un derecho.

Asumir esta concepción parece contrario a la idea contenida en la Carta Fundamental de que haya un contenido esencial objetivo que no pueda ser afectado por el legislador.

Prieto Sanchís llega a afirmar que el concepto de contenido esencial de los derechos se constituye así, en la teoría relativa, no sólo en un “concepto indeterminado, sino mas bien en un concepto impredecible”⁽⁴⁵⁾.

⁴⁵ Prieto Sanchís, Luis. 2000. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades, en *Revista Derechos y Libertades* N°8, enero-junio 2000, página 439.

c) La concepción mixta de Peter Lerche y de Gomes Canotilho.

Hay autores que critican las teorías absolutas y relativas, las primeras son criticadas por ofrecer poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador.

En esta perspectiva se sitúa Peter Lerche, para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad.

A su vez, Gomes Canotilho⁽⁴⁶⁾, desde la perspectiva del Derecho Constitucional portugués, se formula dos interrogantes: la primera, si lo que se protege por la garantía del contenido esencial es el derecho subjetivo de la persona o la garantía objetiva; la segunda interrogante es acerca del valor de la protección.

Respondiendo la primera de las interrogantes señala que, para la teoría objetiva, la protección del núcleo esencial se refiere al derecho fundamental como norma objetiva y no como derecho subjetivo, siendo el objeto de protección del precepto una garantía general y abstracta prevista en la norma y no una posición jurídica concreta del particular; en cambio, para la teoría subjetiva, el objeto de la protección del núcleo esencial del derecho es la dimensión del derecho subjetivo del individuo.

Frente a dicho dilema, Gomes Canotilho sostiene una posición intermedia, en efecto, el autor comentado señala que si bien la restricción del ejercicio de los derechos tiene que tener en consideración la función de los derechos en la vida comunitaria y la necesidad de limitaciones al ejercicio de ellos por parte de los individuos, la protección del núcleo esencial no puede abandonar su dimensión subjetiva, por lo cual es necesario evitar restricciones conducentes a la eliminación o aniquilamiento de un derecho subjetivo individual (ejemplos: el derecho a la vida, en el caso de la pena de muerte; la libertad personal, en el caso de la pena de presidio perpetuo), ya que de lo contrario se vulnera el núcleo esencial y básico del derecho a la vida (artículo 19 N° 1) o del derecho a la libertad personal (artículo 19 N° 7), en el caso de nuestro ordenamiento constitucional chileno.

Respecto de la segunda interrogante, acerca de cuál es el valor de la protección, el autor

⁴⁶ Gomes Canotilho, J.J. 1993, *Direito Constitucional*, Ed. Livraria Almedina, Portugal, pp. 618-620.

en comento sostiene que, por una parte, las teorías absolutas ven en el núcleo esencial un contenido normativo irrestringible, abstractamente fijado, el que no puede ser relativizado por otro derecho situado en contraposición con el primero; mientras que, por otra parte, las teorías relativas ven en el núcleo esencial el resultado de una ponderación de bienes, la cual en una perspectiva radicalizada lleva a identificar el contenido esencial del precepto con el principio de proporcionalidad.

También en esta materia es conveniente recurrir a una teoría mixta, que considere aspectos absolutos y relativos. Aspectos relativos, ya que la propia delimitación del contenido esencial del derecho tiene que armonizarse con la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y garantizados; aspectos absolutos, ya que no puede eliminarse el núcleo esencial intangible de cada uno de los derechos, debiendo quedar siempre un resto substancial del derecho o garantía que asegure su utilidad constitucional, como expresan Gomes Conotilho ⁽⁴⁷⁾. Así, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye el reducto último indisponible por cualquier medida legal restrictiva, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional portugués en diversas sentencias (8/84, DR II, 3/5/86; 76/85, DR II, 8/6/85; 31/87, DR II, 1/4/87).

d) La concepción institucional del contenido esencial de los derechos.

Peter Häberle en Alemania ha desarrollado la teoría institucional del contenido esencial de los derechos. De acuerdo a este enfoque, dicha categoría se refiere a la dimensión institucional que determina el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial se entiende como una garantía institucional que dice relación con los fines objetivamente establecidos en la Carta Fundamental y en función de los cuales se aseguran los derechos fundamentales, debiendo el legislador la institución, la cual se encuentra definida por el conjunto de la normativa constitucional, además de las condiciones sociales e históricas que forman el contexto de los derechos fundamentales.

Pérez Luño en España nos dirá que la teoría institucional del contenido esencial de los derechos puede aportarle a la teoría iusnaturalista crítica, “la exigencia de ampliar el background de datos significativos para delimitar el contenido esencial con la apelación a la conciencia histórica que posee la entera humanidad, en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales” ⁽⁴⁸⁾.

⁴⁷ Gomes Conotilho J.J. 1993. *Direito Constitucional*, Portugal, Ed. Livraria Almedina, p. 632.

⁴⁸ Pérez Luño, Antonio. 1998. *Los derechos fundamentales*. Séptima edición, Madrid, Editorial Técno, página 79.

8.2. La opción del Tribunal Constitucional chileno.

Al respecto el Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del contenido esencial de los derechos, señalando: *“la esencia del derecho debemos conceptualizarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica* ⁽⁴⁹⁾.

En esta materia nuestro Tribunal Constitucional sigue la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional español en sentencia 11/1981, el cual señaló que el contenido esencial del derecho, es una noción con dos acepciones:

«1. Naturaleza jurídica de cada derecho, vale decir, el modo de concebirlo o configurarlo. En ocasiones, el *nomen* y el alcance de un derecho son previos al momento en que éste resulta regulado por el legislador concreto. El tipo abstracto preexiste conceptualmente al momento legislativo, pudiendo hablarse en tal sentido de la reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y en las condiciones inherentes en las sociedades democráticas».

«2. Los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Con ello se hace referencia a la parte del contenido del derecho que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En esta perspectiva se desconoce el «contenido esencial del derecho» cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección» ⁽⁵⁰⁾. Pudiendo ambos criterios utilizarse complementariamente.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987. Considerandos 20 y 21. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional, roles 200, 226 y 280.

⁵⁰ Citada por Fernández Segado, Francisco, Op. Cit. p. 489. Ver también, Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Universidad Complutense, tercera edición, Madrid, España, 1992, pp. 365-366.

El Tribunal Constitucional entra a determinar las características de las limitaciones legislativas de los derechos permisibles, vale decir, aquellas que no vulneran el contenido esencial del derecho: “46.....Cabe agregar, además, que tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en ‘privación’ del derecho.... privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución”.

“47. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos y circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan”⁽⁵¹⁾.

Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional se desarrolla y explicita aún mas en la sentencia rol N° 280 cuando determina: “... que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas en forma precisa en la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es razonables y justificadas (Rol N°226, considerando 47). El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta mas allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y como juega en ella el derecho y la limitación”⁽⁵²⁾.

El Tribunal Constitucional opta por esta visión absoluta del contenido esencial del derecho (su manera de concebir el derecho, considera su naturaleza jurídica, determinando el con-

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 226, considerandos 46 y 47.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 280, Considerando 14.

junto de facultades de actuación necesarias para hacer reconocible el derecho y sin las cuales deja de pertenecer al tipo descrito; asimismo puede determinarse buscando los intereses objetivamente protegidos por el ordenamiento jurídico como núcleo o medula del derecho, los que no pueden ser desnaturalizados).

La misma perspectiva, ha sido asumida por el Tribunal Constitucional de Colombia, en Sentencia C-033/1993, en la que se establece que el artículo 214 de la Constitución Colombiana que determina que durante los estados de excepción no se podrán suspender los derechos humanos, consagra la teoría del núcleo esencial de los derechos. El Tribunal Constitucional Colombiano siguiendo a Häberle señala que *«se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas»*, agregando el Tribunal Constitucional colombiano, *«según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización»*, así *«cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no pueda aducirse que está violando de pleno tal derecho»*.

En el nivel legal, dice a su vez el Tribunal Constitucional Colombiano, en sentencia C-373 de 1995, *«el concepto de núcleo esencial, expresa asimismo aquél mínimo irreductible de contenido de cada derecho fundamental, en modo alguno limitable por los poderes públicos»*.

Eduardo Cifuentes Muñoz, a través del voto separado en sentencia del Tribunal Constitucional colombiano, señala:

«No puede ignorarse la diferencia que existe entre delimitación del contenido de un derecho fundamental y la función de limitación confiada a la ley estatutaria. La primera corresponde al constituyente que la realiza al fijar su contenido y alcance. Dentro de este marco, se define la zona de la realidad y el tratamiento jurídico que a ella corresponde según la Constitución. La explicitación conceptual de la delimitación constitucional es la tarea que debe afrontar todo intérprete y, naturalmente, todo órgano público con ocasión del ejercicio de sus competencias, pues de ella depende principalmente la medida de la protección jurídica discernida a cada derecho y a la determinación de lo que concluye o excluye».

«La segunda, en cuya virtud se incorporan con carácter constitutivos limitaciones a los derechos, se atribuye al legislador, y tiene como límite el núcleo esencial de los derechos materia de regulación. El objeto de las leyes estatutarias no puede, por tanto, ser ajeno a los derechos fundamentales, pero su ámbito no puede extenderse hasta penetrar su núcleo esencial».

Agrega al citado magistrado que *«la excepción núcleo esencial, denota la barrera última de defensa de los derechos fundamentales, pero no puede ser utilizada para perseguir su efecto contrario consistente en su relativización. No se pretende, con esta idea, confirmar toda la cultura de los derechos humanos dentro de un formato de «contenidos mínimos», cuando lo que se impone constitucionalmente en su desarrollo.... Como se ha reconocido por la doctrina contemporánea, la doctrina del núcleo esencial, tiene naturaleza más declarativa que constitutiva, en cuanto no protege más de lo que de suyo es portador cada derecho. En realidad, se trata de un expediente hermenéutico que, de manera sintética y abreviada, activa todos los procedimientos a los que se debe apelar para contener las inferencias abusivas, desproporcionadas, excesivas o arbitrarias del legislador».*

El límite intrínseco a los derechos constitucionales se convierte así en un problema de interpretación constitucional, a través de la cual se deben configurar el contenido constitucionalmente protegido y los límites de cada derecho.

d) Nuestra posición sobre la determinación y el contenido del enunciado constitucional “contenido esencial de los derechos”.

Consideramos que el contenido esencial se identifica con el derecho mismo tal como este queda delimitado en la Carta Fundamental, el cual hay que inferirlo del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional. No hay parámetro objetivo alguno que permita precisar que es esencial y que es periférico en un derecho fundamental. Lo coherente nos parece que es identificar el contenido esencial con la delimitación constitucional del derecho mismo.

El contenido esencial de los derechos expreso o tácito, está constituido por el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantías del contenido ya establecido constitucionalmente, sino que sólo operando como normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos, vale decir, aplicando el principio de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos complementado con el principio “favor homine” o como preferimos denominarlo en un lenguaje del siglo XXI “favor persona”; la determinación de los límites internos del contenido esencial de los derechos (que constituyen, como establece su nombre, el límite o frontera que contribuye a especificar el contenido esencial o contenido constitucionalmente determinado), y las limitaciones externas al contenido esencial (regulaciones complementarias que no forman parte del contenido esencial del derecho). Así, el núcleo del derecho está delimitado y constituido por los enunciados normativos constitucionales y de los tratados sobre la materia, que se encuentran ratificados y vigentes, y excluye la tercera, que constituye la regulación legal del ejercicio de los derechos, la que está limitada por el contenido constitucionalmente declarado de los derechos. Así, el concepto de

MA contenido esencial de los derechos en nuestro ordenamiento constitucional, está dado por la complementación indisoluble del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, esencial o humano, expresado en forma jurídico-positiva y garantizado por la Constitución Política de la República, excluyendo las manifestaciones externas de carácter complementario que regulan los respectivos derechos, sin poder penetrar el contenido constitucionalmente determinado. Como hemos mantenido en este trabajo, el problema de los límites de los derechos no puede plantearse en términos de conflicto entre derechos o entre estos y bienes constitucionalmente protegidos, sino como una adecuada y armónica delimitación que traza la frontera de los derechos teniendo en consideración el conjunto de ellos y de bienes constitucionalmente protegidos. El contenido esencial del derecho es así equivalente a la delimitación constitucional de los respectivos derechos.

Por otra parte, consideramos que el contenido esencial de los derechos, en nuestra Carta Fundamental limita incluso al poder constituyente derivado o instituido y no solo al legislador, de lo contrario, el artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental quedaría completamente vacío de contenido, ya que no existiría un contenido de los derechos fundamentales que constituyera un límite a la soberanía estatal.

El núcleo esencial de los derechos es determinado por el contenido normativo determinado por el poder constituyente originario y los enriquecimientos y potencializaciones realizados por el poder constituyente derivado y los tratados internacionales que contengan normativas sobre derechos, los cuales se encuentren ratificados por Chile y vigentes.

No le corresponde al legislador determinar dicho contenido esencial, sólo puede explicitarlo o desarrollarlo, ya que éste es el principal sujeto pasivo de la obligación de respeto al contenido esencial determinado por el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

Por último, es necesario preguntarse si dicha tarea corresponde también al Tribunal Constitucional y a los tribunales superiores de justicia, en cuanto órganos jurisdiccionales encargados de ejercer jurisdicción o justicia constitucional. Consideramos que los órganos jurisdiccionales señalados no son órganos constituyentes, sino que órganos instituidos, los cuales deben respetar en cuanto tales la Carta Fundamental, a ellos sólo les corresponde interpretar y aplicar la normativa constitucional, dicha perspectiva se refuerza con lo establecido en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, ya que ellos como órganos del Estado que operacionalizan la soberanía estatal, están limitados en su accionar por los derechos esenciales e igualmente obligados junto a todos los demás órganos estatales y autoridades, a respetar y promover los derechos fundamentales, esenciales o humanos, que están asegurados constitucionalmente o por los tratados que contengan derechos humanos, ratificados por Chile y vigentes.

A su vez, la *garantía del contenido esencial de los derechos tiene un carácter declarativo*

y no constitutivo, ya que no crea ningún límite nuevo a los límites que sea diferente del que se desprende del valor constitucional respectivo del o de los derechos fundamentales en consideración, sólo *determina un tope a la actividad legislativa limitadora de los derechos*.

Una perspectiva similar a la nuestra y en la misma línea, se encuentra en García Herrera, el cual señala que el contenido esencial «se extrae de la conexión con los principios materiales del ordenamiento jurídico y de la funcionalización de los derechos respecto a la dignidad de la persona humana»⁽⁵³⁾, como asimismo, en Magdalena Lorenzo, quien concluye que «el contenido esencial de los derechos fundamentales y de las libertades públicas es la expresión jurídico-positivada del valor intrínseco de cada uno de esos derechos y libertades reconocidos en la Constitución, resultado de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana [...] y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)»⁽⁵⁴⁾.

El concepto de contenido esencial de los derechos tiene así dos funciones básicas en el orden constitucional, hacer explícito el rol básico y central de los derechos fundamentales como expresión de la dignidad humana en el orden jurídico y determinar la necesaria justificación racional fundada en valores constitucionales para intervenir en el ámbito de cada uno de los derechos fundamentales, fundando la irreversibilidad en materia de derechos fundamentales y sus garantías.

Por otra parte, consideramos que no es aceptable en derecho constitucional chileno la concepción que sostiene que es de la esencia de los derechos fundamentales el no poder hacerlos valer cuando con ello se ponen en peligro bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad, tesis con la cual se reduce a cero la garantía de los derechos frente a una fuente inagotable de limitaciones, las que no tienen ningún fundamento constitucional y que pone los derechos de las personas a disposición del poder público. Este enfoque, a su vez, está prohibido expresamente por los tratados de derechos humanos de los que Chile es parte, y en los cuales se impone al Estado, el respeto de los derechos aún en caso de peligro de desaparición del Estado, como es en los casos de guerra (Convención Americana en Derechos Humanos, artículo 27).

Esta posición es ratificada por la doctrina emanada de los fallos del Tribunal Constitucional, el que determina: «una potestad ilimitada como la del proyecto en estudio vulnera ipso iure el artículo 5° de la Constitución, pues significa un ejercicio sin límites del poder estatal

⁵³ García Herrera, Miguel Ángel, «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, pp. 11-113.

⁵⁴ Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, Op. Cit, p. 242.

en circunstancias que la propia Carta Fundamental establece en forma perentoria que tal poder es limitado, y limitado de manera expresa y específica, precisamente, por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”⁽⁵⁵⁾.

Esta perspectiva ya había sido desarrollada jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha establecido que el interés general o el orden público no pueden invocarse como «medios para suprimir un derecho garantizado en la Constitución o en el derecho internacional de los derechos humanos ratificado y vigente, ya que dichos conceptos tienen como componentes esenciales el respeto a la dignidad y los derechos humanos, además de que deben interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en consideración -como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos- «el equilibrio entre los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.I.D.H. en O.C. 5-1986, párrafo 67).

El legislador dispone de cierta posibilidad de limitar-restringir y regular el ejercicio de un derecho, en los casos que la Carta Fundamental autoriza, pero ella no puede nunca afectar el contenido del derecho constitucionalmente protegido; de forma tal que la posibilidad de restringir el ejercicio de un derecho termina donde comienza la protección constitucional del mismo.

Así toda limitación autorizada por la Carta Fundamental que realice el legislador de los derechos fundamentales, además de la necesidad de que esté expresamente autorizada por la Carta Fundamental, debe ser justificada, no pudiendo ser arbitraria. Por tanto siempre debe realizarse un juicio de constitucionalidad a partir de la relación entre la limitación del derecho y el bien que busca ser protegido por ella, lo que se concreta a través de un juicio de proporcionalidad, hay una resistencia del derecho frente a la limitación injustificada, el juicio que se emite debe estar centrado en si la limitación es razonable y proporcionada o no lo es; si nos encontramos en este último caso, la limitación constituye una inconstitucionalidad.

De esta forma, el contenido esencial de los derechos fundamentales no opera como único límite de los límites, existiendo un segundo que opera copulativamente con el primero, el cual consiste en la exigencia de que la limitación del ejercicio del derecho se encuentra justificada. En otras palabras, un derecho fundamental sólo puede ser objeto de limitación válida desde un juicio de constitucionalidad si está justificada constitucionalmente a través del juicio de razonabilidad y proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial de los derechos.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 248, reafirmada en Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 276, considerando 17.

Hay así una *prohibición de desproporción*, las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse a lo indispensable no afectando el los derechos constitucionalmente protegidos. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de Derecho. Es así que la Corte Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el principio de proporcionalidad resulta de la naturaleza de los derechos fundamentales, constituyendo un principio de rango constitucional en cuanto componente del Estado de Derecho (BV erf GE 19, 342; 29, 312).

El principio de proporcionalidad se encuentra implícito en nuestra Carta Fundamental, en virtud de la prohibición general de arbitrariedad que surge de los artículos 6°, 7° y 19 N°2 en una interpretación sistemática y finalista, constituyendo una exigencia que deriva del Estado de Derecho y del respeto al contenido esencial de los derechos (artículo 19 N° 26).

9. Las limitaciones implícitas de los derechos.

Las limitaciones implícitas de los derechos son aquellas que la jurisdicción constitucional han encontrado legítimas, aun cuando no posean justificación en derechos, finalidades o bienes constitucionales protegidos y formalmente explicitados (límites también llamados intrínsecos).

Nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado explícitamente sobre la materia, aún cuando indirectamente pareciera sostener la no aceptación en su jurisprudencia de tales limitaciones, incluso en el caso en que ha aceptado derechos implícitos ha sostenido que estos no pueden afectar las disposiciones constitucionales, en efecto *en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25° determina*: “ la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, *a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales*”.

En algunas sentencias el Tribunal Constitucional hace alusión al *bien común* como límite en el ejercicio de los derechos, pero en nuestro ordenamiento jurídico este constituye una finalidad y un bien constitucionalmente y formalmente explicitado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución ⁽⁵⁶⁾.

⁵⁶ Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, considerando 46.

10. La configuración de los derechos.

Un enfoque diferente para precisar la definición constitucional de las limitaciones de los derechos, es la que se establece diferenciando los *derechos fundamentales de configuración constitucional* y los *derechos fundamentales de configuración legal*.

Esta clasificación cabe en principio sólo si se asume las diferencias entre delimitación y limitación de los derechos.

Los derechos de configuración constitucional son aquellos que poseen desde la Constitución un grado de concreción mas cerrado que finiquita la descripción del tipo de derecho que se está protegiendo. Su configuración está agotada por las normas constitucionales, por lo que no se admite la intervención del legislador. Estas normas deben ser aplicadas directamente y desplazan el ordenamiento jurídico a otras que pretenden limitarlas o sean contrarias a ellas. Algunos ejemplos son el derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos (art. 19 N°1); el derecho a no declarar bajo juramento contra si mismo (art.19 N°3); el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que al momento de producirse no constituyan delitos o faltas (art. 19 N°3), el derecho a no ser privado de los derechos provisionales, entre otros.

Los *derechos de configuración legal* son aquellos atribuidos a las personas por la Constitución en términos de una titularidad abstracta “que se concretara solo en conexión con la ley”⁽⁵⁷⁾, como son, en general, los derechos prestacionales. Ejemplos de ellos son el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho de sindicación, entre otros.

Puede sostenerse también, que todos los derechos tienen una configuración constitucional expresa o tácita a través del conjunto de facultades que son inherentes al mismo o no serían derechos fundamentales.

Los derechos de configuración legal, son derechos donde su contenido es explicitado o esencialmente configurado legislativamente, a través de la ley el derecho surge como realidad concreta y actual, de la conexión entre el enunciado constitucional abstracto y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que operacionalizan el derecho.

Esta distinción entre derechos de configuración constitucional o configuración legal, permite analizar la eficacia directa o indirecta de derecho y las habilitaciones o prohibiciones con que cuenta el legislador para regular o completar el precepto constitucional o solo para preservarlo de acuerdo con su definición constitucional.

⁵⁷ Jiménez Campo, Javier. 1999. *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Valencia, Ed. Trotta, página 43.

El legislador puede centrar su acción de desarrollo de los preceptos constitucionales que contienen derechos, con dos fines. El primero, estableciendo una modificación normativa no contraria a la Constitución de algunos de los elementos configuradores del derecho (titular, destinatario, objeto), lo que afecta el ejercicio del derecho, por tanto, puede hacerse cuando la Constitución lo autoriza. El segundo fin puede ser el de completar la configuración del derecho o configurarlo cuando el constituyente no lo ha hecho, determinando su contenido o la fijación de la forma de su ejercicio, como asimismo, las garantías procesales del mismo.

En todo caso, la vigencia de los derechos, cualquiera sea el status que generan a sus titulares, imponen a los Estados obligaciones de actuar, en efecto, los órganos estatales tienen la obligación de “*promover los derechos garantizados por la Constitución*”, como establece nuestro artículo 5° inciso 2°, con el objeto de soportar la realización de todos los derechos a través de instituciones dentro de las cuales ellos se ejerzan.

La función de concreción de límites de los derechos, sean estos implícitos o explícitos, es una tarea necesaria que posibilita determinar los contornos de cada derecho y la realización de otros derechos u otros bienes constitucionales, en ambos casos el legislador desarrolla una tarea de concreción y configuración del derecho fundamental.

El legislador es quién concreta la única o varias opciones que en la norma constitucional se contenga, posibilitando reconocer los atributos y alcances de los derechos.

Quienes acentúan la tarea infraconstitucional, o sea, la tarea legislativa en la concreción del derecho fundamental se refieren a *configuración*.

Quienes ponen el énfasis en el derecho fundamental, se refieren a la tarea legislativa concretizadora-limitadora del derecho como *restricción*.

El legislador nacional ha establecido que por el vocablo *restricción o restricciones* “*se entiende reducir a menores límites o grados, o modificar, el ejercicio de los derechos que deben quedar expresamente determinados. De allí que las restricciones que se establezcan en la ley deben ser específicas, concretas y no genéricas, afectando únicamente el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución y que deben estar determinadamente señalados en la ley*”⁵⁸.

Puede sostenerse que toda actividad legislativa con efectos de limitación-restricción de un derecho, presenta en todo caso, junto con la configuración del derecho infraconstitucional una restricción de un derecho fundamental.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, considerando 48.

El punto central de esta cuestión está dada por el respaldo constitucional de la actividad legislativa que limita o que conforma los contornos de los derechos.

Pese a su competencia para la configuración legal de los derechos fundamentales en los casos que corresponda, el legislador no puede vulnerar el contenido esencial de derecho, vale decir, el conjunto de facultades que lo hacen reconocible y que expresan su naturaleza de tal.

11. La participación del Tribunal Constitucional en la configuración de los derechos fundamentales.

Por otra parte, los Tribunales Constitucionales participan directamente en la configuración de los derechos y en sus limitaciones. Esto se concreta mediante el conocimiento de la constitucionalidad de las normas legales, ya sea en control preventivo o represivo o ex post (Art. 93) o en algunos casos, del derecho comparado, por el amparo extraordinario de derechos.

Así, el Tribunal Constitucional es el delimitador último en el derecho interno de los derechos en sus ámbitos jurídicos constitucionales, a través de las cuales aplican la Constitución en su dimensión jurídica y política. En el ámbito internacional o supranacional americano se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisdicción de carácter contencioso es de carácter vinculante para los Estados Partes, constituyendo al menos la parte resolutoria de la sentencia una obligación de resultado que debe ser implementada por el Estado afectado.

Así el legislador concreta los derechos fundamentales, pero este debe atenerse al contenido constitucional de los derechos que determina el Tribunal Constitucional.

Así la delimitación constitucional del derecho viene dada por la interpretación constitucional sobre la noción del mismo, y que se concreta a partir de la idea que se tenga respecto al supuesto de hecho de la norma constitucional que lo enuncia, y la norma legal que juzga lo que concreta el límite sobre los elementos que integran el derecho.

Es así el Tribunal Constitucional es el que establece los contenidos jurídicos de las normas de la Constitución, tanto para fijar los límites al poder de regulación del legislador y la determinación de los ámbitos en lo que dicho legislador puede establecer restricciones en los derechos.

En todo caso, el Tribunal Constitucional debe respetar el ámbito de configuración y las diversas opciones que tiene el legislador en la materia en el contexto de un Estado Constitucional pluralista en cuanto a la realización jurídica de los derechos, articulada con los demás bienes constitucionales protegidos.

La función de aplicación de la Constitución que cumple el juez constitucional convierte a su jurisprudencia en fuente de interpretación que garantiza que la regulación jurídica legal del derecho sea conforme a la Constitución, cuidando de preservar la integridad de los poderes y competencias reconocidas a las autoridades del Estado.

La interpretación última Constitución hecha por el Tribunal Constitucional no puede cerrar las diversas opciones legislativas, imponiendo autoritariamente la suya, ya que carece de competencia para constitutivos en potestad legislativa e imponer una de las diversas opciones legislativas.

El procedimiento de inconstitucionalidad debe así acreditar la absoluta falta de idoneidad del precepto legal, su intolerable lesividad para el derecho o su absoluta desproporcionalidad. Esto implica que en la hipótesis de aplicación de la ley, ninguna pueda considerarse como coherente con las exigencias constitucionales.

El juez constitucional debe aplicar el arsenal hermenéutico de los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, de armonización o concordancia práctica, entre otros, que deben fundamentar su decisión jurisdiccional.

Así el la garantía normativa de los derechos que se concreta en el respeto al contenido esencial de los derechos pero ello no significa que deje de operar respecto de la administración y el juez, en cuanto integrantes de los órganos del Estado, los cuales deben *respetar y promover* los derechos en forma amplia, como lo establece el artículo 5 inciso 2º de la Constitución, respeto y promoción de los diversos atributos de los derechos, sin otras limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes dictadas en conformidad con la Constitución.