

SEGUNDO INSUMO CONSTITUCIONAL:

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Equipo
Instituto Res Publica

ÍNDICE

I. Valor de los principios en la Constitución (Rodrigo Meléndez)	04
II. Dignidad de la Persona Humana como base de los Derechos Fundamentales (Luis Fernando Mackenna)	10
III. Soberanía y Tratados Internacionales (María Paz Romero)	15
IV. La subsidiariedad como principio constitucional (Florencia Muñoz)	22
V. Principio de Supremacía Constitucional y lo que se juega en la Convención Constitucional (Agustín Núñez.)	29



INTRODUCCIÓN

En este segundo insumo para la Convención Constitucional nos hacemos cargo del valor de los principios para una Nueva Carta Fundamental.

En toda Constitución están presentes, implícita o explícitamente, una serie de principios que inspiran las normas contenidas en la misma, reflejando una determinada toma de posición en la manera de concebir a la persona, al mundo, al país, a los derechos fundamentales, etc.

Dichos principios tienen, por tanto, una función orientativa. Pero además tienen, al ser parte de una norma jurídica, un verdadero valor normativo, esto es, vinculante, y que puede ser aplicado en la práctica en los tribunales de justicia para la resolución de controversias prácticas jurídicamente relevantes.

En esta oportunidad se abordan en primer lugar: el valor de los principios en la Carta Fundamental, donde defendemos una consagración expresa de los mismos con valor de normas jurídicas eficaces; en segundo lugar se examina el principio fundamental, base de todo ordenamiento jurídico, de la dignidad de la persona humana, que es el verdadero fundamento de los derechos humanos; en tercer lugar, se aborda el principio de la soberanía nacional, en particular en su relación con los Tratados Internacionales, en la medida que estos pueden llegar eventualmente a afectarla; en cuarto lugar, se explica el rol clave que tiene el principio de subsidiariedad, como articulador de la interacción entre la actividad estatal y la actividad de la sociedad civil y los cuerpos intermedios que la estructuran, en sus dos facetas: activa y pasiva; por último, como corolario de todo lo anterior, y buscando que los principios sean efectivamente vigentes, se presenta el principio de la supremacía constitucional.





VALOR DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN



Autor

Rodrigo Meléndez

Toda Constitución incluye, tanto de manera explícita como implícita, principios que actúan como marco teórico en su aplicación. Por ejemplo, actualmente principios constitucionales como la primacía de la persona humana, la servicialidad del estado, la subsidiariedad de la actuación estatal en su relación con los particulares, entre otros, guían permanentemente el actuar de los órganos del Estado. Sin embargo, tarde o temprano toda sociedad se encuentra con la necesidad de interpretar estos principios y, más importante aún, de determinar cuál es el valor que ellos tienen dentro del ordenamiento jurídico. ¿Son vinculantes? De ser así, ¿a quiénes vinculan? ¿A los órganos del Estado, sólo al legislador, o también a los particulares? Estas preguntas son especialmente relevantes de cara al proceso constitucional que vive el país, pues la determinación del valor normativo de los principios tendrá, como se señala más adelante, especial relevancia en la determinación de los futuros actos del Estado y el rol que cada órgano desempeñará en la propuesta de nueva Constitución que redactará la Convención.

¿Qué son los principios constitucionales?

Los principios constitucionales corresponden a una declaración de la cosmovisión a la que adscribe el constituyente, los que guían el actuar del Estado y sirven de sustento para la interpretación y aplicación del Código Político. Puede molestar a algunos que la Constitución sea expresión de la forma de ver la realidad del constituyente, pero eso es justamente lo que se busca. Las constituciones no deben ser neutras,

sino que, en palabras del constitucionalista José Luis Cea, “su misión es siempre definir. (...) no sólo las metas -del Estado-, sino también los medios legítimos para alcanzarlas”, lo que se hace justamente por medio de los principios constitucionales que, en la actualidad, rigen nuestra Constitución en su Capítulo I.¹

Diferencias entre dos grandes concepciones: principios “orientadores” vs principios “normativos”

Existen dos posiciones respecto a cuál es la fuerza obligatoria de los principios constitucionales. La primera concepción es la de principios “orientadores”, cuya función es completamente distinta a la de una norma constitucional. Bajo esta concepción, si la norma es obligatoria para todos y utilizada para la resolución de conflictos, el principio, al no ser concreto como la norma, no es obligatorio respecto de todos -normalmente obligará solo al Estado- y no sirve para la solución directa de los conflictos. En otras palabras, la cosmovisión que tuvo presente el constituyente no obliga directamente, sino que inspira la forma en la que actuará el Estado a futuro.

La segunda concepción es la de los principios “normativos”,² en donde el principio es tan obligatorio como la norma, con la que también comparte la calidad de obligar a todos por igual y la posibilidad de ser utilizado directamente para resolver conflictos. Es decir, los principios vendrían siendo una norma más. Se ven como una positivización de aquella declaración de la cosmovisión reconocida por el constituyente.

¹ CEA (2008) pp. 162-163

² GUASTINI (2018) p.13

Efectos prácticos de ambas concepciones

La disyuntiva frente a la que se encontrará la Convención en el momento de establecer a cuál concepción de principios constitucionales adscribe no es menor, pues los efectos de una y otra tiene gran repercusión en la exigibilidad de los derechos fundamentales que integrará la propuesta de Nueva Constitución, así como cualquier otra disposición que implique una obligación para el Estado.

Por un lado, la concepción de los principios “orientadores” no consagra una fuerza obligatoria directa de los principios constitucionales, por lo que ellos no podrían ser utilizados para resolver problemas jurídicos ni ser la base de la interpretación de otras normas constitucionales. Al contrario, los principios deberán ser implementados por el Estado en su actuar, normalmente por medio de la función legislativa. Por ejemplo, si una Constitución establece como principio la defensa del derecho a la vida del que está por nacer, ella sólo será vinculante como obligación para el legislador de establecer un sistema legal de protección para el nonato.

Por otro lado, la concepción de los principios “normativos” coloca al principio al mismo nivel que cualquier otra disposición de la Constitución, por lo que no sólo puede, sino que debe ser utilizada para resolver problemas jurídicos. Además, dada su condición de principio, ella “irradia”³ sobre las otras normas, sirviendo de sustento para la interpretación no sólo de la Constitución, sino de todo el ordenamiento jurídico.⁴ Así, siguiendo con el ejemplo anterior, un principio de defensa del derecho a la vida del que está por nacer no sólo constituirá una obligación del legislador de otorgarle protección, sino que cualquier acto estatal o de los particulares que atente contra ese principio será inconstitucional y acarreará las consecuencias que esa Constitución establezca.

Desventajas de cada concepción (activismo judicial / normas programáticas)

Si bien ambas concepciones tienen sus propias desventajas, los efectos negativos de una parecen ser mucho más transgresores de los derechos de las personas que los efectos de la otra.



³ STC ROL N° 410-04

⁴ STC ROL N° 410-04

En el caso en que la Convención adopte una concepción de los principios constitucionales como meras orientaciones para el Estado, y por tanto que su verdadera efectividad quede a cargo del legislador, se corre el gran peligro de infraproteger las garantías constitucionales que ella reconozca por medio de disposiciones cuya efectividad sea suspendida eternamente sin una ley que la aplique. Así, en el ejemplo señalado anteriormente, la protección del derecho a la vida del que está por nacer jamás podrá ser efectiva sin esa ley del legislador que materialice el principio.

Al contrario, el peligro de adoptar una concepción de principios constitucionales como normativos es el de sobreproteger las garantías constitucionales por medio de su aplicación directa, de manera que el juez tenga la facultad de acudir a los principios constitucionales directamente para resolver un conflicto sometido a su conocimiento. Esto puede generar lo que se conoce como “activismo judicial” el que, si bien es un concepto difícil de definir, la doctrina comparada la conceptualiza como aquel conflicto de origen constitucional entre el legislador -asociado a la democracia o la mayoría- y el juez al momento de hacer un control de la conformidad de leyes a lo dispuesto o señalado por la Constitución.⁵

Frente a ambos peligros, es decir, desproteger o sobreproteger los derechos de las personas, “más es mejor”. Es decir, es preferible sobreproteger las garantías fundamentales frente a la posibilidad de vulnerarlos. Sin embargo, cabe destacar que

el criticado activismo judicial, al menos en Chile, no ha tenido el mismo impacto hasta ahora que en otras latitudes. Éste ha sido un recurso muy utilizado tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema para ampliar la protección de las garantías constitucionales reconocidas en el artículo 19 de la Constitución a ámbitos no referidos por el constituyente. Así han sido reconocidos el derecho a la identidad personal, derecho de acceso a la información, deber de las ISAPRE en respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, entre otros.⁶

Experiencia histórica en las Constituciones de 1925 y de 1980

Para contrastar la diferencia señalada entre ambas formas de concebir los principios constitucionales, se puede atender a la experiencia chilena de hace casi un siglo. En efecto, durante la concepción y vigencia de la Constitución de 1925 imperó la idea de que la Constitución, y por ende sus principios, no tenían una fuerza obligatoria directa y general, sino que “el legislador es a quien por mandato del Código Político debe realizar la interpretación de la norma constitucional y que, por lo tanto, ellos -la Corte Suprema- carecían de la atribución de realizar la tarea de interpretación de la Constitución”.⁷ Como consecuencia de lo anterior, estuvieron vigentes una serie de normas cuyo contenido debía ser complementado por el legislador, pero que inexplicablemente éste nunca realizó: son las denominadas disposiciones programáticas.

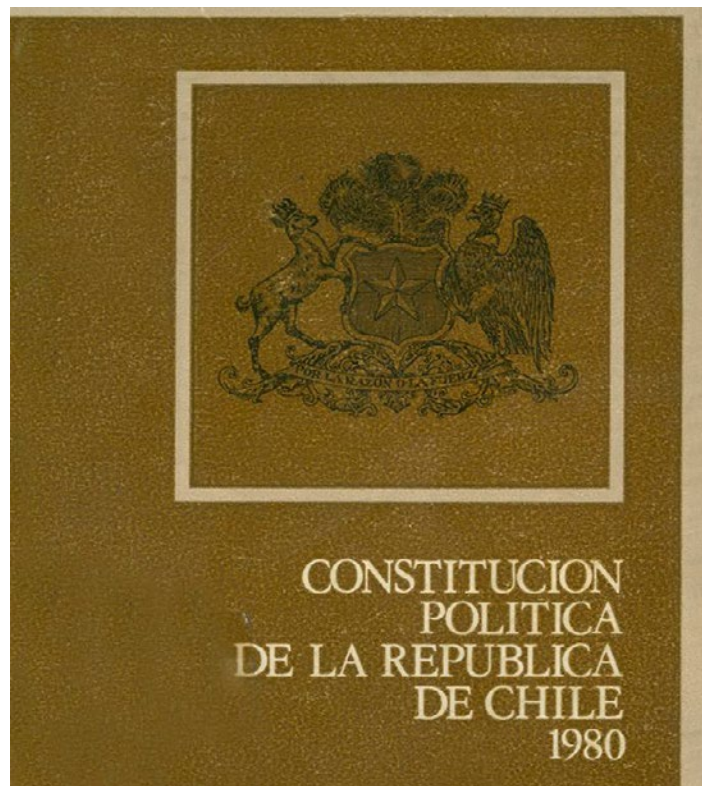
⁵ GARCÍA Y VERDUGO (2013) pp. 68-69

⁶ PEÑA (2016) p. 17 y ss.

⁷ GBRAVO (2007) p. 133

Así, el artículo 20 establecía la indemnización por error judicial “en la forma en que determine la ley”⁸ pero, dado que el legislador nunca otorgó contenido a tal disposición, y producto de la falta de legitimidad para que la Corte Suprema pudiese aplicar directamente tal artículo para la resolución de conflictos, todo chileno que fue afectado por el error judicial jamás fue indemnizado. Lo mismo ocurrió con el artículo 87 que establecía la creación de tribunales contenciosos administrativos cuya “organización y atribuciones son materia de ley”,⁹ los que nunca fueron establecidos; y con los artículos 94 a 100 que disponía la creación de Asambleas Provinciales “en la forma que determine la ley”,¹⁰ las que nunca fueron creadas.

Al contrario, la Constitución de 1980 equiparó los principios constitucionales con las normas en su Capítulo I -Bases de la Institucionalidad- lo que constituye, como señala el constitucionalista José Luis Cea, una “positivización de determinados principios cardinales del derecho natural”.¹¹ Además, a diferencia de la anterior Constitución, en esta se consagró un Tribunal Constitucional,¹² el que, en el ejercicio del control de la constitucionalidad de las leyes, señaló que “el artículo 1º de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la perceptiva constitucional”.¹³ Vale mencionar que la sentencia citada es del año 1983, es decir, después de tan solo 3 años de funcionamiento tras la vigencia de la Constitución de 1980 ya se reconocía claramente el carácter normativo de



sus principios. Justamente esta calidad de los principios constitucionales actuales es la que permite el desarrollo de derechos implícitos como los mencionados anteriormente, dotando de dinamismo a la Constitución conforme el paso del tiempo y ampliando progresivamente la protección de las garantías fundamentales de las personas.

Consideraciones Finales

En conclusión, frente a la disyuntiva de establecer los futuros principios constitucionales que inspirarán la propuesta constitucional de la Convención como orientaciones que debe seguir el legislador, o bien, como equivalentes a cualquier otra norma o disposición de la Constitución, esto es, con fuerza vinculante, los efectos prácticos en la protección de los derechos y garantías fundamentales de la persona así como la experiencia constitucional

⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925) art. 20

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925) art. 87

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1925) art. 94-100

¹¹ CEA (2008) p. 163

¹² A pesar de que este existió brevemente en la Constitución de 1925 tras la reforma de 1970.

¹³ STC ROL N° 14

JURISPRUDENCIA CITADA

chilena demuestra que es mejor inclinarse por la segunda opción. Así, la Constitución será realmente el guardián de todas las personas frente a los excesos del poder estatal el que, mal que mal, por el hecho de estar constituido por personas, no es aquella organización perfecta que gustaría que fuese, sino que puede errar con resultados catastróficos para aquellos a quien el Estado debe servir.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRAVO BOTTA, Esteban (2007): "Supremacía Constitucional en las Constituciones Políticas de 1833 y 1925", Revista de Derecho Público, N° 69, tomo I, pp. 147-165

CEA EGAÑA, José Luis (2008): Derecho Constitucional Chileno (Santiago, Ediciones UC, segunda edición)

GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): "Activismo Judicial. Un marco para la discusión", Revista Jurídica del Perú, tomo 153, pp. 63-82

GUASTINI, Riccardo (2018): "Aplicar principios constitucionales", Revista Derecho, Vol 3, n° 1, pp. 11-22

PEÑATORRES, Marisol (2016): "La Jurisprudencia de Valores del Tribunal Constitucional", en Fernando Vöhringer, Arturo (edit.), El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional. Reflexiones y propuestas (Santiago, Ediciones UC) pp. 13-23

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

CHILE, Constitución Política de la República (18/09/1925)

REQUERIMIENTO EN CONTRA DEL MINISTRO DEL INTERIOR DON SERGIO ONOFRE JARPA REYES RESPECTO DEL ARTÍCULO 82 N° 10 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PRESENTADO POR FABIOLA LETELIER DEL SOLAR Y OTROS (1983): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 19, 13 de septiembre de 1983.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DE LAS NORMAS QUE INDICAN SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL RÉGIMEN DE JORNADA ESCOLAR COMPLETA DIURNA Y OTROS CUERPOS LEGALES (2004): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 410-04, de 14 de mayo de 2004.



DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO BASE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES



Autor

Luis Fernando Mackenna

1. INTRODUCCIÓN

Muchas veces oímos hablar del concepto de “dignidad de la persona humana” y advertimos su presencia en gran parte de las Constituciones y tratados internacionales de Derecho Humanos y hoy en día existe un consenso más bien general en cuanto a la existencia de esta dignidad, pero son pocos los análisis que se hacen en torno a lo que implica realmente este concepto inspirador de tantas Constituciones y por qué es tan importante su consagración jurídica.

2. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Para analizar la idea de la dignidad de la persona humana resulta conveniente remontarnos al origen de esta y ver cómo ha ido evolucionando su significado con el tiempo. Para este fin se realizará una breve reseña de su evolución histórica y como se ha llegado al concepto actual.

En su concepción en Roma el concepto de dignidad era muy distinto a lo que es en la actualidad, considerándose esta “*dignitas*” como una señal de estatus alcanzado, siendo más bien elitista. La *dignitas* romana “respondía a méritos en una forma de vida que estaba ligada, por una parte, a la esfera política, por otra, a una recta moral. El romano defendía su dignidad, luchaba por ella, la asentaba y lucía. Ella no tenía un orden rígido: podía aumentarse, rebajarse, perderse, restituirse. La *dignitas* era un logro personal que, por un lado, daba derecho a un poder y, por otro, por el impulso interior a ser moralmente intachable, exigía un deber. La *dignitas* obliga, y lo hace más cuanto más alto es su grado”.¹⁴

Esta concepción basada en el mérito vio su fin con la llegada de las ideas del cristianismo y la concepción bíblica del hombre como hijo de Dios creado a su imagen y semejanza. Esta idea de origen divino dio al hombre ciertos derechos inalienables y completamente independientes de su origen, raza, condición social, edad o creencias y trajo aparejada la tarea de proteger y respetar estos mismos derechos. Con los años esta idea se masificó llegando a consolidarse, primero por influencia del naturalismo racionalista que predicaba la universalidad de los derechos, hasta afirmarse durante la Revolución Francesa traspasándole al Estado el rol de proteger la dignidad.

Un último hito relevante llega con la segunda guerra mundial, el genocidio nazi y los millones de muertos bajo los regímenes comunistas, que muestra la necesidad de llevar el compromiso por el respeto de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona a la categoría de máxima de derecho internacional. Este reconocimiento a nivel internacional se refleja principalmente en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en 1948 que establece lo siguiente: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

En la actualidad se puede ver la dignidad como el “rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, lo que constituye a la persona como un fin en sí mismo e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación

¹⁴ CHUAQUI (2000)

consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás”.¹⁵ Esta visión actual toma inspiración de la concepción cristiana en cuanto se tiene dignidad independiente de las características personales y solo por el hecho de ser persona.

3. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y DE TRATADOS

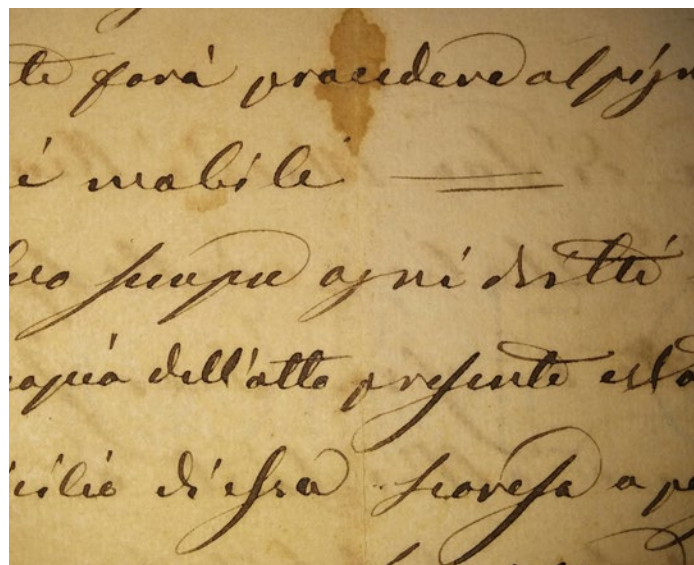
En el constitucionalismo latinoamericano podemos encontrar como principio fundamental de múltiples constituciones la idea de la dignidad de la persona humana. Ejemplos de esto son las cartas magnas de Brasil de 1988, artículo 1.º, que señala que la República Federativa de Brasil tiene como fundamentos “[...] III. la dignidad de la persona humana”; la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 1.º prescribe: “Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”; la Constitución peruana de 1993, que en su artículo 1.º señala: “[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; la Constitución de Honduras de 1982, cuyo artículo 5.º precisa: “[...] la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; la Constitución de Guatemala de 1985, que establece en su artículo 1.º: “Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común”.¹⁶ Chile no se queda

atrás en este punto y la Constitución de 1980 en su artículo 1.º establece: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Esta idea se encuentra amparada también en el orden jurídico internacional con múltiples menciones en tratados internacionales de Derechos Humanos. El artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma: “[...] el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento de que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, de 1984, precisa en el preámbulo el “reconocimiento de que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”. En el mismo sentido se expresa la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la que explicita la “dignidad inherente a todos los miembros de la comunidad humana”.¹⁷



¹⁵ NOGUEIRA (2010)

¹⁶ NOGUEIRA (2010)

¹⁷ NOGUEIRA (2010)

4. CONSECUENCIAS DE LA PROTECCIÓN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

La mención que se realiza en el artículo primero de nuestra Constitución no es una mera declaración de intenciones ni un principio sin aplicación, sino que cumple funciones fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico-institucional:

III. a) La dignidad como principio inspirador de derechos fundamentales: Para el constituyente chileno los derechos fundamentales no son creados por la norma positiva sino que reconocidos, protegidos y promovidos por el Estado. Esta visión iusnaturalista toma como base, previa al Estado, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que esta otorga como el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la libertad personal entre otros. Resulta ilustradora para el análisis la jurisprudencia del Tribunal constitucional que en 2009 ha manifestado: “Que de la dignidad, que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos; Decimoctavo. Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester

poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella”.¹⁸

III. b) Como límite a la actividad estatal: La dignidad humana viene a ser un límite a toda ley o reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el mínimo inviolable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna. La afirmación constitucional de la dignidad humana es un enunciado de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, que tiene un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

Nuevamente recurrimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para dar luces sobre este punto; “Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 10 , 40 y 50 , inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado”.¹⁹

¹⁸ STC 218 – 08.

¹⁹ STC 943 – 07.

5. IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Si bien parece ser un tema zanjado, existen quienes postulan que los derechos fundamentales no son más que reivindicaciones que nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, dejando a arbitrio de los creadores de estos sistemas cuales son los derechos que merecen protección y quienes merecen estos derechos.²⁰ Es en contraposición a esta idea positivista que proteger y respetar al hombre reconociendo su dignidad, independiente de la opinión política predominante de la época, resulta de vital importancia para una república democrática que respeta los derechos de sus integrantes.

Son muchos y lamentables los ejemplos de sociedades en las que no se reconoció la dignidad de toda persona humana, desde la esclavitud en los Estados Unidos, pasando por el genocidio nazi o los gulags rusos hasta ejemplos más actuales como el genocidio en Ruanda o los aún vigentes campos de concentración de Uigures en China. Es en esta línea que resulta de especial importancia el reconocimiento de esta dignidad y de los derechos que trae consigo anteriores al Estado e inviolables para este.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

NOGUEIRA, Humberto (2010): "Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay V, N°5: pp. 79-142

CHUAQUI, Benedicto (2000): "El concepto de dignidad en la antigua Roma y después" Revista Ars Medica.

SPAEMANN, Robert (2011): Lo natural y lo racional (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, primera edición).

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS DERECHOS HUMANOS, Paris (10 de diciembre de 1948).

DECRETO LEY N° 100 (17/09/2015), Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Constitución Política de la República de Chile

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACION AL ARTICULO 2,331 DEL CODIGO CIVIL: Tribunal Constitucional, Rol N° 218-08-INA, 7 de Julio de 2009

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACION AL ARTICULO 2,331 DEL CODIGO CIVIL: Tribunal Constitucional, Rol N° 943-07, 10 de Junio de 2008.

²⁰ SPAEMANN (2011) 64.



SOBERANÍA Y TRATADOS INTERNACIONALES



Autora

María Paz Romero

2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ACTUALES

1. INTRODUCCIÓN

Un proceso constituyente es la máxima expresión de la soberanía de un pueblo o nación. Si todos estamos de acuerdo en la importancia de una Constitución gestada en virtud de una amplia participación ciudadana, como un hecho histórico relevante, es esperable que se atribuya a nuestra Constitución la función de gran guía o parámetro jurídico político de nuestro país.

Sin embargo, existe algún grado de tensión entre el ejercicio de la soberanía y la subordinación a las normas contenidas en tratados internacionales, lo cual ha dado lugar a variadas discrepancias respecto al valor jerárquico que ocupan dichos tratados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente aquellos denominados de derechos humanos.

La actual Constitución menciona en diversas oportunidades a los tratados internacionales, sin embargo, existen dos disposiciones relevantes en que se los representa en tensión con el ejercicio de la soberanía.

En primer lugar, la disposición más relevante en que se explicita dicha tensión es el artículo 5º inciso segundo, en el cual se manifiesta que el ejercicio de la soberanía reconoce límites, aludiendo al respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, luego, declarando que “[e]s deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.²¹

Este artículo ha generado controversias ya que hay discrepancia respecto de la jerarquía normativa de dichos tratados (de derechos humanos). Para unos, este tipo de tratados no tienen rango constitucional (directo). Para otros, sus disposiciones tienen o deben tener rango constitucional, lo cual transformaría los textos de tales acuerdos en pautas normativas suplementarias a las que se incluyan en una Constitución.

En segundo lugar el artículo 135 de la Constitución Política de la República -norma que contiene la llamada cláusula de límites-, señala que “[e]l texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.²² De este modo, los tratados internacionales se consignan como un



²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980).

²² [idem].

límite material al nuevo texto constitucional. Sin embargo, llama la atención que, en este caso, a diferencia del artículo 5º, se hace referencia a dichos tratados de forma genérica, sin especificar aquellos que son de derechos humanos. Lo anterior constituye una certeza para la ciudadanía porque limita el poder de la Convención Constitucional a respetar ciertos mínimos.

3. CONTROVERSIAS RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SU INTEGRACIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

La interpretación o aplicación de los tratados de derechos humanos ha generado disputas. Ejemplos de estas disputas se dan por el actuar del Comité Americano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos. El carácter expansivo con que las mencionadas entidades entienden tanto sus facultades como el efecto de sus decisiones sobre los países miembros, unido a fundadas suspicacias sobre el compromiso ideológico de éstas, ha agudizado los resquemores de muchos países signatarios con el funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Lo anterior se refleja con claridad en la carta pública suscrita por los gobiernos de Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay en abril de 2019. La declaración de estos cinco países estimó que los Estados gozan de un razonable margen de autonomía “para resolver acerca de las formas más adecuadas de asegurar derechos y garantías, como forma de dar vigor a sus propios procesos democráticos. La declaración plantea que dicho margen de apreciación debe ser respetado por los órganos del sistema interamericano”.²³ La Carta subraya “la importancia crítica del principio de subsidiariedad como base de la distribución de competencias del sistema interamericano. Dicho principio exige que tanto los Estados como los órganos del sistema asuman sus propias responsabilidades en la promoción y protección de derechos en la región, sin invadir las esferas de competencia de cada uno”.²⁴

Más específicamente, esta tensión se advierte en un doble sentido. Por un lado, la manera de entender los derechos o estándares mínimos puede ser, en algunos casos, altamente controversial. Y, por otro lado, un control difuso de convencionalidad basado en concebir la interpretación jurisprudencial de la Corte Interamericana como doctrina vinculante más allá del caso concreto y respecto de cualquier juez o tribunal nacional, puede resultar incompatible con los diseños institucionales que los mismos países se han dado a través de sus constituciones nacionales.

En lo concerniente a lo primero, se puede advertir un cambio en cómo ha de entenderse el significado de los derechos establecidos en diversos tratados internacionales de derechos

²³ Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2019)

²⁴ Ídem.

humanos, a la luz de su desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Éste difiere del sentido y alcance que los países signatarios le otorgaron a dichos derechos al momento de su firma y que se encuentran plasmados en un texto que recogía mínimos comunes. Hoy, estos textos han ido cobrando vida propia, “evolucionando” hacia una manera de entender los derechos altamente discutible.

A modo ilustrativo, si se compara el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos con el sentido y alcance que por vía interpretativa se ha hecho del mismo, sorprendería su disimilitud. Tal como señala Álvaro Paúl, “es frecuente que el Sistema [Interamericano de Derechos Humanos] proclame derechos que no están ni en los tratados ni en la costumbre, y que la Corte pretenda que su jurisprudencia es equivalente a la CADH [Convención Americana de Derechos Humanos]”.²⁵ De este modo, ante una diversa posibilidad de interpretaciones, debiese ser cada Estado el que tenga la palabra final respecto a derechos que son más discutibles o aquellos que son asuntos de política pública. A esto se le llama doctrina de margen de apreciación, y es la forma en que opera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual permite, a modo de ejemplo, que cada Estado decida si el derecho a la vida comienza con la concepción o con el nacimiento.²⁶

Estamos en presencia de un proyecto político, jurídico y cultural afín a la “izquierda progresista” el cual está intentando (muchas veces con éxito) promover un derecho global (“*ius constitutionale commune latinoamericano*”) con un potencial transformador en las estructuras de los Estados soberanos miembros. Esta problemática está

lúcidamente tratada por M. A. Glendon y S. Kaplan: “La idea de un enfoque único idóneo para todo caso triunfó sobre aquella sustentada en la existencia de una norma común que podría ser llevada a la vida de diversas maneras legítimas. [...] En lugar de proporcionar un hogar para una gran variedad de puntos de vista y sistemas de creencias la positiva tradición de los derechos humanos corre el riesgo de volverse más conformista y menos diversa desde el punto de vista ideológico”.²⁷

En cuanto a lo segundo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es concebida como eje inspirador y el control de convencionalidad (entendido de una manera amplia) como vehículo de transmisión de doctrinas sobre las cuales los países soberanos pueden tener legítimas discrepancias.

Esta noción del control de convencionalidad es explicada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la siguiente forma: “El «control difuso de convencionalidad» consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.²⁸

²⁵ EL MERCURIO (09/05/2019).

²⁶ FRANCE 24 (26/06/2019).

²⁷ GLENDON Y KAPLAN (2019). Traducción libre.

²⁸ FERRER (2013) p.674.

Como bien se establece en la cita precedente, el control de convencionalidad no tiene sustento en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Además, es un mecanismo incompatible con el sistema de control de constitucionalidad concentrado que existe actualmente, el cual es ejercido en Chile por el Tribunal Constitucional. De este modo, los jueces ordinarios aplican de forma directa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso si sus disposiciones resultan contrarias a la Constitución de la República.

4. ANÁLISIS CRÍTICO

Nadie discute la legitimidad y conveniencia de aspirar a que ciertos valores prevalezcan a nivel universal, pero sería peligroso ser ingenuos sobre la agenda ideológica que inspira la creciente internacionalización de los derechos humanos, los cuales se erigen como límites a la soberanía (autodeterminación) de los países. La ambición por la prevalencia de un derecho global uniforme que constituya un límite cada vez mayor a la soberanía de los países, se vería altamente facilitado por disposiciones de la nueva Constitución que cobijen de manera irrestricta la vinculación de nuestro país a tratados internacionales y sus sistemas de implementación.

Un paso preocupante en la línea anterior sería el darle rango constitucional directo al tipo de tratados a los que hemos aludido y/o reconocer en el texto de la nueva Constitución la expresión “control de convencionalidad”. Igualmente, debiera evitarse considerar que todas las disposiciones de los tratados internacionales

sobre la materia se erigen como límites al ejercicio de la soberanía, sino sólo hacer referencia ciertos derechos en ellos contenidos. Asimismo, debe evitarse cualquier referencia a reglas (soft law) contenidas en resoluciones emanadas no de acuerdos multilaterales, sino de los propios órganos internos que administran su funcionamiento.

Como ejemplo de lo que debiera evitarse es la incorporación de una disposición como la contenida en el artículo 1º de la Constitución mexicana, la cual se cita en lo pertinente a continuación:



²⁹CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2020) p. 9-10.

³⁰EL LÍBERO (29/03/2021).

³¹GHAJ (2006) p. 28.

³²OVALLE et al. (2021) p. 20.

³³PÉREZ DE ARCE Y TAGLE (2021) p. 8.

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.²⁹

En este artículo se otorga explícitamente a los tratados internacionales de derechos humanos la máxima jerarquía constitucional, incluso permitiendo que se prefiera su aplicación por sobre la constitución nacional, lo cual es recomendable evitar a toda costa en la redacción del nuevo texto constitucional.

En general, parece razonablemente satisfactoria la redacción del artículo 5º inciso segundo de la actual Carta Fundamental y la referencia hecha a los tratados internacionales (la cual fue incluida en el texto en virtud de la reforma de 1989). Sin embargo, esta redacción ha causado divergencias interpretativas importantes, lo

que hace recomendable algunos ajustes que tengan presente las orientaciones precedentes.

Muchos de los derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos ya se encuentran reconocidos (con algunas diferencias en su redacción) en el texto constitucional actual y, posiblemente, ocurrirá algo similar con la nueva Constitución. En una hipótesis como la anterior, sería importante explicitar el rol subsidiario de tales derechos “convencionales” respecto de los derechos constitucionales. Además, sería conveniente reforzar la competencia de la judicatura constitucional nacional para interpretar las normas de los diversos tratados internacionales de derechos humanos, evitando así el monopolio que se ha atribuido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

BIBLIOGRAFÍA

COSOY, Natalio (2019): “¿Qué y quién está detrás de la avanzada para limitar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20190625-limites-sistema-interamericano-ddhh-oea>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2021.

FERRER, Eduardo (2013). “Panorámica del Derecho Constitucional y Convencional”. (Madrid, Marcial Pons).

GINSBURG, Tom (2020): “Authoritarian International Law.” American Journal of International Law. CONSTITUTE PROJECT. Disponible en: <https://>

²⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917).

comparativeconstitutionsproject.org/wp-content/uploads/authoritarian_international_law.Final_.pdf?6c8912. Fecha de consulta: 14 de abril de 2021.

GLENDON, Mary Ann; KAPLAN, Seth D. (2019). "Renewing Human Rights". First Things. Disponible en: <https://www.firstthings.com/article/2019/02/renewing-human-rights>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2021.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2019): "Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Disponible en: <https://minrel.gob.cl/minrel/noticias-anteriores/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2021.

PAÚL, Álvaro (2019): "Sobre la carta a la CIDH". El Mercurio. Disponible en: <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22941-profesor-alvaro-paul-sobre-la-carta-a-la-cidh>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2021.

NORMAS CITADAS:

Constitución Política de la República de Chile (1980)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

IV.

LA SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL



Autora
Florencia Muñoz

1. GENERALIDADES

La actual Constitución Política de la República cuenta con una serie de principios y valores que se buscan aplicar para el buen funcionamiento y armonía de la sociedad, tales como el principio de legalidad, el principio de supremacía constitucional, o el principio de subsidiariedad, entre otros.

Los principios constitucionales son la base sobre la cual se erige la Carta Fundamental del Estado, estos constan de varios elementos importantes que buscan ordenar la sociedad hacia el bienestar público, dirigiendo al Estado y a los ciudadanos a ejercer sus funciones hacia un cierto objetivo. Estos no son meras expectativas, sino que normas de carácter obligatorio que orientan a el Estado y son útiles para la interpretación o la solución de conflictos, además de la promoción de la participación civil.

La definición que mejor ilustra aquello que entendemos por principio la encontramos en Alexy, el cual define el concepto como: “Enunciado normativo que contiene un mandato de optimización que se caracteriza por una indeterminación de sus condiciones de aplicación y por su cumplimiento gradual en función de las condiciones fácticas y jurídicas”.³⁰

Los principios pueden encontrarse en la Constitución en dos formas: explícita o implícitamente. Será explícito cuando el texto haga referencia expresa al principio, definiéndolo y aplicándolo, como, por ejemplo, la igualdad ante la ley, e implícito cuando no están proclamados en la Constitución, pero pueden deducirse de las normas constitucionales, como es el caso de la subsidiariedad.

2. LA SUBSIDIARIEDAD DESDE EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA PERSONA HUMANA

La primacía de la persona humana busca poner a la persona como centro del Estado garantizando su dignidad, ya que sin los miembros de la sociedad no habría Estado. En esta línea, el autor Julio Isamit establece que “debemos entender el principio de primacía de la persona humana como su superioridad –de todos y cada uno de los seres humanos– por sobre la comunidad. Sin embargo, la persona se encuentra naturalmente integrada a esta comunidad y es precisamente en colaboración con otros donde logra su finalidad.”³¹ En orden a resolver la relación entre comunidad y persona se han dado múltiples respuestas. Encontramos en la ideologías socialistas e individualistas respuestas incompletas. Estas al no tener una comprensión acabada de lo que es la persona, centran el problema de relación comunidad y persona en uno de ambos polos, es decir en la sociedad o en la persona, llegando ambas a tener una visión errónea, porque la primera sacrifica a la persona ante la sociedad y la segunda niega la naturaleza social de la persona humana. La primacía de la persona humana al tener una visión acabada de lo que es el ser humano, logra dar una respuesta coherente, en la cual se pone a este como centro de la sociedad, pero entendiendo en todo momento su naturaleza social. En esta línea, el profesor Alejandro San Francisco, expone respecto a la subsidiariedad que “es natural en el hombre su reconocimiento, por cuanto supone el respeto de los valores del espíritu, pretendiendo conciliar, sobre la base de la prudencia, las relaciones sociales fruto de la libertad de los hombres y la necesaria autoridad que las regule”.³²

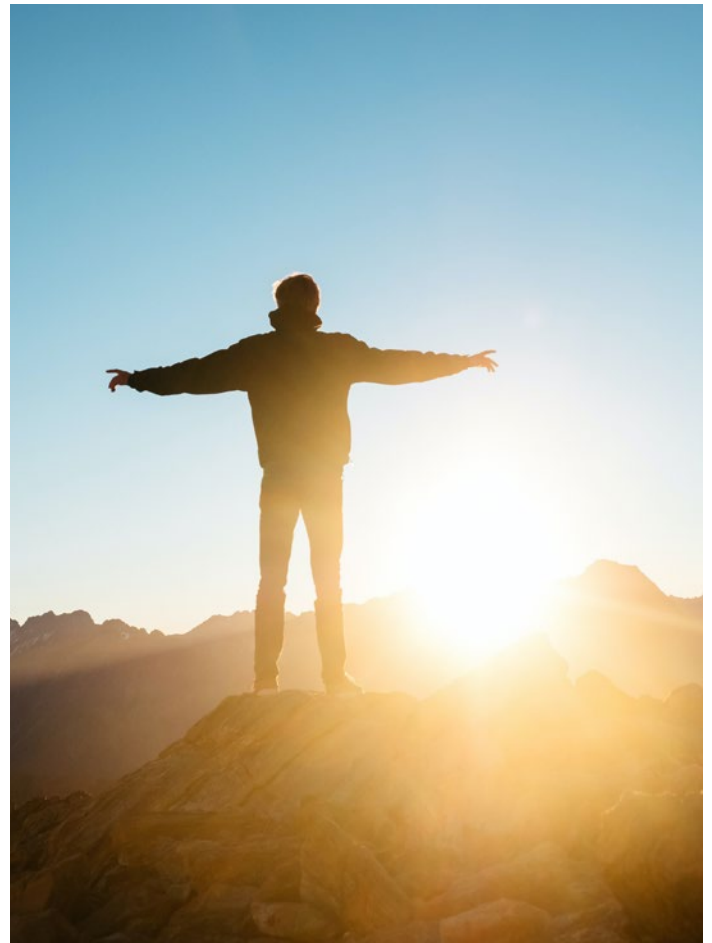
³⁰ GARCÍA Y CONTRERAS (2014): Voz: Subsidiariedad

³¹ ARQUEROS E IRIARTE (2016): 41

³² SAN FRANCISCO (1992): 529

El principio de subsidiariedad tiene una relación directa con la primacía de la persona humana. Mientras que la primacía de la persona humana pone a esta en el centro, a partir de una correcta noción de persona, la subsidiariedad permite relacionar a las personas, las agrupaciones de personas y al Estado de manera que todos tiendan en el ámbito que les corresponde al bien común. Esta idea la encontramos en Abraham Lincoln el cual establece “The legitimate object of government, is to do for a community of people, whatever the need to have done, but can not do, at all, or can no, so well do, for themselves –in their separate, and individual capacities. In all that the people can individually do as well for themselves, government ought not to interfere”.³³ En conclusión la subsidiariedad nos permite, respetando el principio de supremacía de la persona humana, saber en el caso concreto el cómo debe relacionarse la persona humana con el Estado.

Resulta importante mencionar que, en virtud del principio de subsidiariedad, surge la noción de que el ser humano es un animal social que requerirá la participación de otros individuos para su perfección, por ello el hombre se organiza en grupos intermedios que permitirán mejorar su existencia y alcanzar sus propósitos. Es relevante rescatar la subsidiariedad, además señalar la importancia e incidencia que tendrá este principio en la Carta Magna chilena, pues ha permitido que el rol del Estado regulador disminuya en la medida en que va aumentando la participación de la sociedad civil, de manera que ya no interviene en cada ámbito social, sino cuando sea exclusivamente necesario, permitiendo en definitiva la libertad y autonomía de los individuos.



3. CONCEPTO DE SUBSIDIARIEDAD

La subsidiariedad se trata de un principio constitucional que tiene su origen en la Doctrina Social de la Iglesia, pero que con el tiempo ha sido adquirida y utilizada en el derecho y en las funciones del Estado como una forma de regulación. La RAE define este concepto como un “criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por si misma”, esto significa que el Estado solo deberá actuar en forma de auxilio en caso de que los privados no puedan cumplir con los fines específicos de la ciudadanía. En palabras del profesor Claudio Alvarado “Subsidium significa ‘ayuda’, y en eso consiste precisamente la subsidiariedad: en ayudar —

³³ LINCOLN (2009): 91

no sustituir— a las agrupaciones humanas a cumplir sus fines propios. Se trata de proteger la legítima autonomía de las asociaciones humanas, descentralizar la toma de decisiones y, en suma, resguardar la vitalidad de la sociedad civil”.³⁵

Un acercamiento político-jurídico al principio de subsidiariedad se da en las discusiones de la comisión Ortúzar, la cual señalaba “que la función del Estado es, en primera instancia, la de integrar y coordinar las diversas actividades del país, y sólo, en subsidio, y en segunda instancia, la de asumir en forma directa una tarea específica, cuando, por su importancia, no pueda ser entregada a la órbita de los cuerpos intermedios, o cuando, por lenidades de éstos, no cumplan el objetivo que la sociedad reclama de ellos”.³⁶

4. DIMENSIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Teniendo ya una noción del alcance de este principio, es relevante señalar que la subsidiariedad se puede ver desde dos facetas, una positiva y otra negativa. Es necesario tener presente que esta distinción es para el solo efecto de explicar el principio, no existe propiamente tal la subsidiariedad positiva y la subsidiariedad negativa. Realizada la precaución anterior, es también necesario tener presente que la aplicación de este principio en el caso concreto depende de la prudencia, no existiendo una regla de carácter absoluto, no obstante, nos permite dar luces para resolver asunto de política pública.

Por un lado, la subsidiariedad en una faceta negativa que, en palabras del Tribunal Constitucional, esta dimensión consiste en que el Estado “no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común”.³⁷ Esta dimensión permite proteger a los ciudadanos y sus diferentes formas de organización ante la indebida intervención del Estado.

Por otra parte, está la acepción positiva que, en términos del mismo Tribunal, “[...] implica una protección de las sociedades o grupos intermedios menores frente a los mayores como asimismo un derecho de intervenir del Estado, cuando las sociedades intermedias no sean capaces de realizar su actividad real o eficazmente, o cuando ellas atenten contra el bien común. En tal caso, el Estado debe suplir su tarea, removiendo los obstáculos y restableciendo, una vez superados los últimos, la autonomía de las sociedades intermedias afectadas”.³⁸ Esta dimensión de la subsidiariedad, llama al Estado a actuar en caso de que las personas o cuerpos intermedios no puedan o no quieran realizar una actividad que es necesaria para el bien común.

En otras palabras, la figura de la subsidiariedad negativa tiene como finalidad que las sociedades mayores, en este caso el Estado, no deben privar a las menores de lo que ellas puedan y deban hacer, mientras que, en la dimensión positiva, las sociedades mayores deben apoyar a las menores para que cumplan sus fines, ya sea en forma económica, institucional o legislativa.

³⁵ ALVARADO (2020)

³⁶ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE: 171

³⁷ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD TC (2009)

³⁸ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD TC (2009)

5. FINALIDAD DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad busca ayudar a cada individuo en el cumplimiento de sus fines. De esta forma se logra entender que es la propia persona quien debe contribuir en su desarrollo personal y el Estado solo actuará cuando el individuo necesite auxilio que los particulares no pueden otorgarle con vistas a alcanzar el bien común. A esto mismo se refiere el Papa León XIII en la célebre encíclica *Rerum Novarum* de 1891, donde señala que “No es justo, según hemos dicho, que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros”.³⁹

La subsidiariedad permite ordenar la sociedad, desde un entendimiento cabal de qué es la persona humana, dando un rol al Estado, los cuerpos intermedios y a la persona. El fin de la subsidiariedad se encuentra en la justificación moral de la misma, el entender a la persona como un ser social.



6. CRÍTICAS A LA SUBSIDIARIEDAD EN CHILE

Volviendo al debate Constitucional, el principio de subsidiariedad es uno de aquellos temas en los cuales se centra la discusión constitucional. Este ha sido criticado por sectores de la clase política porque no permite la intervención del Estado en asuntos en que ésta considera debería existir una mayor intervención por parte de aquel. Como se ha venido exponiendo a lo largo del presente texto, este es un principio que debe ser regulado por la prudencia, por ello lejos de dar una regla para el caso concreto, solo busca orientar la acción del Estado y la limita solo en los casos que esta pasa a llevar -de manera grotesca- la debida autonomía de la persona humana. Es decir, mal podríamos alegar que este principio impide actuar al Estado, cuando lo que realmente busca evitar excesos y ordenar conforme a la naturaleza humana a los distintos actores dentro de la sociedad.

Una segunda crítica, es considerar la subsidiariedad como un principio que busca defender el sistema económico de libre empresa, explicando este principio desde un punto de vista exclusivamente económico. Esta noción materialista de la subsidiariedad no tiene fundamento en sus raíces más profundas, la primacía de la persona humana y la justicia. Además, es necesario recordar que la subsidiariedad no tiene su fuente en una teoría económica, sino que en la filosofía e incluso, en la Doctrina Social de la Iglesia.

Por último, existe también una crítica que guarda una importante cuota de verdad, este es que la subsidiariedad ha sido articulada fundamentalmente desde su mirada negativa, es decir como el deber de abstención por parte del

³⁹ RERUM NOVARUM, 26

Estado. Este énfasis se dio fundamentalmente porque en los años en los cuales se introdujo el principio en la tradición constitucional nacional, la realidad nacional era la existencia de un Estado interventor, el cual ahogaba a la sociedad civil. Además, es necesario hacer presente que nos encontrábamos en medio de la Guerra Fría, en la cual la amenaza del bloque Soviético y del Estado totalitario se encontraba presente en la sociedad de la época.

7. UNA ÚLTIMA DEFENSA DE LA SUBSIDIARIEDAD

Actualmente Chile se encuentra inmerso en un proceso constituyente por medio del cual se redactará la nueva Constitución Política y para ello es esencial que se determinen cuáles serán los principios rectores que contendrá la nueva Constitución. Tal como se mencionó, es fundamental incluir dentro del nuevo Pacto Político la subsidiariedad, ya que se trata de un principio, que permite dar autonomía a la sociedad civil frente al Estado, porque nos orienta respecto a las situaciones en las cuales el Estado debe intervenir y aquellas en las que es preferible su abstención.

La subsidiariedad es un principio que pone en el centro a la persona humana y su realidad de ser social, esta nos permite articular la relación Estado – Sociedad en toda su complejidad, sin caer en las soluciones sesgadas que nos presentan el individualismo y el colectivismo.

Por último, el principio debe ser evaluado en su mérito. Las críticas que existan por parte de un grupo de la sociedad por su aplicación no puede

ser un argumento válido al momento de pensar el Chile del futuro. La solución viene dada por una adecuada comprensión de la subsidiariedad. De este modo, una descripción adecuada del principio ayudaría al Estado a cumplir con su rol de protección, pero a la vez sin exceder esta facultad, permitiendo tanto al Estado, como a los ciudadanos y grupos intermedios, alcanzar el bien común y un justo desarrollo por medio del respeto y libertad que caracterizan al ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado (2020): Carta al diario El Mercurio, publicada el lunes 12 de octubre 2020. Obtenido de:

<https://www.ieschile.cl/2020/10/estado-y-subsidiariedad/>

García y Contreras (2014): Diccionario Constitucional Chileno, Primera Edición (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional). Obtenido de: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/56622/1/Diccionario%20Constitucional.pdf>

Arqueros e Iriarte (2016): Subsidiariedad en Chile Justicia y Libertad, Primera Edición (Santiago, Instituto Res Publica y Fundación Jaime Guzmán). Obtenido de:

<https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2020/07/6-may-16-Libro-Subsidiariedad-v.-jacosta.pdf>

San Francisco (1992): Revista Chilena de Derecho, Vol. 19 N°3. Obtenido de:

³⁸EL MERCURIO (20/10/2020).

<https://www.fjguzman.cl/wp-content/uploads/2017/07/1992-Subsidiariedad-educacion-ASFR.pdf>

Leon XIII (1891): Rerum Novarum. Obtenido de: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

Lincoln, Abraham, Selected speeches and writings, New York, Vintage Books/The Library of America, 2009.

XIII, P. L. (15 de Mayo de 1891). La Santa Sede. Obtenido de Vatican.va: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

Real Academia Española. (14/04/21) Diccionario de la Lengua Española, 23.ªed., [versión 23.4 en línea] Obtenido de <https://dle.rae.es>

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesiones 1 a 54 (24-09-1973 a 16-07-1974): <https://obtienearchivo.bcn.>



PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: IMPLICANCIAS Y LO QUE SE JUEGA EN LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

Autor

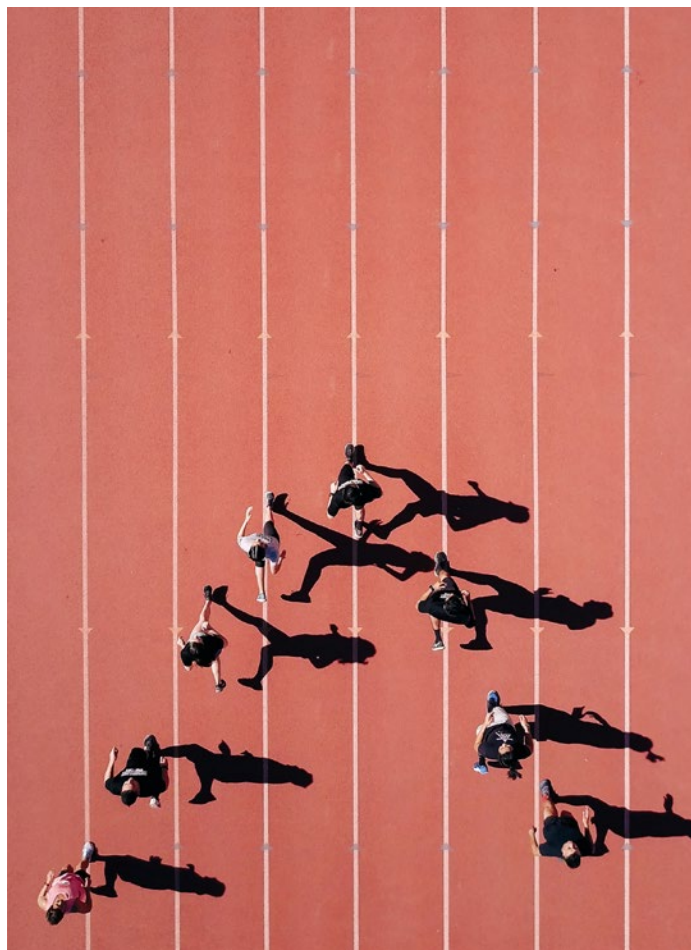
Agustín Núñez

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de pocas semanas, Chile dará comienzo a un inédito proceso encaminado a dotar al país de una nueva Constitución. La tarea encomendada a la Convención Constitucional, órgano democráticamente elegido para este encargo mediante elecciones populares, es de trascendental importancia, ya que su fin será redactar la norma que, en definitiva, se encontrará en la cúspide de la pirámide normativa y que va a conformar todo el plexo jurídico de reglas que existen en nuestra sociedad. En efecto, la Constitución cumple la misión de ser conformadora y organizadora del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, todos, tanto órganos del Estado como particulares, deben someter sus actuaciones a ella. De esto, surge como una consecuencia lógica el denominado principio de supremacía constitucional, el cual se tratará a continuación por medio del análisis de sus características y efectos principales.

Tal y como sugiere su denominación, el principio de supremacía constitucional viene a significar el carácter supremo de la Constitución, como la norma superior de todo el régimen jurídico. Como consecuencia de esto, se señala que la Constitución es conformadora, es decir, el hecho de que sea la norma máxima conlleva que es ella la que construye y ordena el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la creación del Derecho parte y debe ajustarse a la Constitución. El filósofo y jurista austríaco Hans Kelsen, considerado por muchos el jurista más influyente del siglo XX, concebía a la Constitución como suprema justamente por ser ésta la que funda a todo el sistema jurídico. La norma suprema es la que establece cómo se deben crear todas las normas jurídicas del sistema.⁴⁰ El principio

de supremacía constitucional está lejos de ser una mera declaración, sino que encuentra sustento positivo en la Constitución vigente, específicamente en su artículo 6, el cual dispone que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. / Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.⁴¹



⁴⁰ DEL ROSARIO-RODRÍGUEZ (2011) 104.

⁴¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980).

2. EFECTOS DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

A partir del principio de supremacía constitucional es posible desprender varios efectos que se generan como consecuencia directa de sostener que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, todos ellos fundamentales y que deberán tener en cuenta los redactores de la nueva Constitución a la hora de emprender la discusión. En primer lugar, que la Constitución se encuentre en la cúspide de la pirámide normativa trae consigo un importante efecto derogatorio, es decir, desde el momento en que se dicta la Constitución, todo aquello que va en contra de ella se entiende derogado. No es una derogación formal, o que por el solo hecho de que se dicta la Constitución se desvanece todo el régimen jurídico, porque desde luego eso haría desaparecer el ordenamiento completo cada vez que se dicta una nueva Constitución, sino una derogación material, vale decir, quedan sin efecto aquellas normas que material o sustantivamente contravienen a la Constitución y, por lo tanto, sobreviven aquellas leyes que no son sustantivamente contrarias a la Carta Fundamental. En segundo lugar, el principio de supremacía constitucional supone que las normas deben ser interpretadas conforme a la Constitución. Esto trae al menos dos consecuencias. Por un lado, entre dos reglas aplicables, se debe optar por aquella que mejor se ajusta a la Constitución y, por otro, los jueces deben rechazar toda aquella interpretación de una norma que sea contraria a la Carta Fundamental. En tercer lugar, la Constitución como norma suprema cumple la función de ser ordenadora de las fuentes del sistema jurídico, encargándose de definir una orgánica entre las diversas normas que componen el régimen

jurídico, establecer límites al poder normativo, fijar órdenes de prelación, entre otros asuntos.

Sumado a lo anterior, uno de los efectos más importantes y controvertidos del principio de supremacía constitucional es el que dice relación con la eficacia normativa directa de la Constitución, lo que supone que ésta se erige como una norma aplicable en juicio, que puede ser utilizada por el juzgador para la resolución del conflicto jurídico sin necesidad de recurrir al desarrollo legislativo de las normas constitucionales, es decir, la Constitución podría aplicarse directamente. Esta consecuencia del principio de supremacía constitucional se desprende del artículo 6 de la Constitución vigente ya citado, particularmente de su inciso segundo, el cual establece que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo. Dicho en palabras del ministro del Tribunal Constitucional Miguel Ángel Fernández, “los preceptos contenidos en la Constitución son obligatorios y no constituyen programas, proyectos, idearios o planes, poseyendo, como lo expresa la doctrina nacional, energía normativa propia”.⁴² Desde el punto de vista de los ciudadanos, una de las consecuencias de la eficacia normativa de la Constitución supone que las libertades y garantías consagradas en ella no requieren de un desarrollo legislativo posterior. Lo mismo aplica tanto para los principios como los derechos contenidos en la Carta Fundamental, tema que ha sido especialmente discutido, ya que la eficacia normativa en ambos casos puede generar algunos efectos nocivos que se explicarán en las próximas líneas.

⁴² DEL ROSARIO-RODRÍGUEZ (2011) 104.

3. PRINCIPIOS Y EFICACIA NORMATIVA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Como resulta evidente, los Convencionales Constituyentes deberán discutir qué y cuántos principios consagrar en la nueva Constitución. Siguiendo la nomenclatura de Robert Alexy, los principios son “mandatos de optimización”, es decir, órdenes vinculantes que dictan realizar algo en la mayor medida de lo posible. La Constitución vigente contiene una serie de principios que buscan inspirar la interpretación de las demás disposiciones constitucionales, conteniéndose la mayor parte de ellos en el capítulo de “Bases de la Institucionalidad”, el cual incluye, entre otros, el principio de primacía de la persona, de servicialidad del Estado, de juridicidad y de probidad. En efecto, la Constitución no buscó ser neutra, sino que tomó partido por una posición con el propósito de promover ciertos valores en la sociedad y que éstos permanecieran a lo largo del tiempo.

Esto es completamente lógico y normal, ya que el rol de una Constitución no es únicamente delimitar los poderes del Estado o las instituciones de la organización política o enumerar derechos, sino que, además, y como notablemente señala la Ministra de la Corte Suprema Ángela Vivanco, “ plasmar los valores, principios y las bases de consenso sobre las cuales se ha edificado una sociedad”.⁴³ En otras palabras, una de las funciones más trascendentales de una Constitución es unir o conectar, por medio de ideas directivas u orientadoras a las distintas generaciones. Al igual que sucederá con el capítulo de los derechos, la probabilidad de que sobreabunden principios es muy alta. Esto es evidente, ya que el trabajo de la Convención consistirá fundamentalmente en una negociación, por lo que es de suponer

que todos los grupos representados tratarán de incluir en la Constitución la mayor cantidad de principios que le son afines, las partes estarán dispuestas a negociar y ceder en algunos de ellos, en pos de obtener la aprobación de otros. Por tanto, el incentivo para las partes será que la Constitución contenga la mayor cantidad de principios, de forma que proclamen que en la norma se incluyeron sus visiones de sociedad. Esto tendrá por efecto que el listado será inconmensurable. La tarea de la secretaría técnica en la Convención podría ser determinante, ya que sus miembros, que son los que finalmente tendrán el “lápiz en la mano”, deberán tratar de armonizar los principios, para que no existan incompatibilidades entre ellos.



⁴³VIVANCO (2015) 449.

En cierta medida, un gran listado de principios puede parecer positivo, ya que cada principio que quede finalmente consagrado en la Constitución habrá sido acordado por grandes mayorías luego de un largo proceso de discusión y negociación. Además, al ser los principios guías de interpretación, pueden ayudar a que las reglas se vayan adaptando según avanza el tiempo y evoluciona la sociedad. A pesar de esto, hay que hacer presente el gran peligro que conllevaría el tener una Constitución llena de principios, principalmente si se tiene presente el principio de supremacía constitucional, toda vez que los principios no son simples normas programáticas o meras declaraciones. Estos son artículos mandatorios vinculantes que, como se dijo anteriormente, orientan la interpretación de las demás cláusulas constitucionales, por lo que su sobreabundancia en la Constitución, sin perjuicio de las buenas intenciones, estaría finalmente entregando mucho poder a aquellos encargados de interpretar las normas, restándole influencia y libertad a aquellos que tienen por función legislar en un momento determinado, ya que sus normas podrían verse alteradas sustantivamente por una que otra interpretación ingeniosa o sesgada invocando los principios constitucionales.



Hay que enfatizar el hecho de que la Constitución tiene una eficacia normativa directa, efecto fundamental del principio de supremacía constitucional, lo que supone que ésta se erige como una norma aplicable en juicio y que puede ser utilizada directamente por el juzgador para la resolución de conflictos. Un exceso de principios en la Constitución significaría otorgar a los jueces un inmenso poder de discreción a la hora de solucionar los problemas de relevancia jurídica. Asimismo, se correría el riesgo de tener enormes espacios de incertidumbre, al no saber cómo procederán los jueces al momento de interpretarlos, lo que puede terminar vaciando de contenido estos principios constitucionales.

Esto no quita que el rol de los jueces sea fundamental, ya que de algún modo el activismo jurisdiccional, en aras de hacer eficientes y de concretar los contenidos expansivos de los principios fundamentales, fortalece la supremacía constitucional, porque evita la existencia de lagunas o espacios normativos sin aplicación y vigencia. Sin embargo, para que la supremacía sea verdaderamente eficaz, resulta trascendental que la aplicación de los principios sea uniforme, tarea que solo la claridad de los principios podría facilitar. Debido a esto, es que los Convencionales Constituyentes debieran propender a la prudencia, consagrar principios claros y precisos y evitar caer en ambigüedades innecesarias que corran el riesgo de producir grandes conflictos entre poderes y en la misma sociedad. Igualmente, debieran dejar de lado la tentación de definir todo en la Constitución y permitir que los principios que informan las normas vayan surgiendo y evolucionando diariamente en el juego democrático.

4. DERECHOS Y EFICACIA NORMATIVA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Similar situación a la de los principios se da con respecto a los derechos, donde el riesgo es mayor. En este caso ya no estamos únicamente frente a un problema de poder de discreción que da inmensas atribuciones a los jueces, como ocurría con los principios, sino que ahora estamos en presencia de un potencial conflicto de poderes, específicamente entre el legislativo y judicial. En efecto, si se admite la eficacia normativa directa de la Constitución y se vincula con los derechos y garantías constitucionales, necesariamente se debe sostener que “la eficacia judicial directa e inmediata de los derechos constitucionales opera como un vehículo en la transferencia de las expectativas ciudadanas desde el poder político hacia el poder judicial”.⁴⁵ En otras palabras, al ser las normas constitucionales directamente aplicables en juicio producto del principio de supremacía constitucional y su efecto de eficacia normativa directa, entonces los derechos consagrados en la Constitución también podrían ser exigidos y aplicados directamente en sede judicial. El problema de esto es evidente y se ilustra particularmente bien con el caso de los denominados derechos sociales, donde la directa aplicación por parte de los jueces de estas garantías puede ser un importante factor de desestabilización en la distribución de los ámbitos político y jurídico. Así, hay dos grandes objeciones que se pueden esgrimir en contra de la judicialización de todos los derechos prestacionales. En primer lugar, una objeción de capacidad, ya que los jueces no tienen la capacidad para poder resolver adecuadamente las decisiones que involucran complejas materias de políticas públicas debido a que muchas de ellas requieren de una mirada técnica de la cual los magistrados carecen y, en segundo lugar, una objeción de legitimidad,

porque en democracia no son los jueces los llamados a decidir los mecanismos a través de los cuales el Estado debe asumir un determinado rol, sino que ese rol corresponde a los representantes electos, es decir, los legisladores. Además, muchas de estas decisiones involucran gasto público, del cual los jueces no son responsables ante la ciudadanía.

Debido al diagnóstico de este problema, es que la Constitución vigente dispone expresamente del Recurso de Protección, la cual es una acción destinada a proteger y hacer exigibles por vía judicial ciertos derechos del catálogo. Esto no significa por ningún modo que estamos ante una contradicción en la cual se le quita eficacia directa a la Constitución, sino que, por el contrario, este mecanismo de exigibilidad es respetuoso de las potestades y atribuciones del Congreso y se hace cargo de los conflictos entre poderes que se generarían si todos los derechos fueran justiciables, respondiendo responsablemente a las objeciones contra la judicialización de los derechos que se señalaron anteriormente. Asimismo, la acción de protección representa otro modo de verificar el principio de supremacía constitucional, ya que como acertadamente señala el ministro Fernández, “el conjunto de acciones y recursos contemplados en la Constitución y en la ley, es el que hace real la fuerza normativa de la Carta Fundamental, pues es mediante aquellos instrumentos que se obtiene, especialmente de la Judicatura, la vigencia efectiva de los preceptos fundamentales”.⁴⁶

Como consecuencia de lo señalado, es que se hace necesario que los próximos Convencionales Constituyentes consideren la importancia

⁴⁵ ALVARADO (2020) 37.
⁴⁶ FERNÁNDEZ (2015) 85.

de esto a la hora de consagrar derechos en la nueva Constitución, particularmente derechos sociales. Probablemente, las tentaciones por hacer exigibles por vía judicial todas las garantías del catálogo de derechos serán grandes, pero es fundamental tener en cuenta los conflictos que puede generar la judicialización de las decisiones políticas. En esto, más vale ser cautos, ya que, si bien los derechos son normas eficaces, hay muchas maneras concretarlos en la práctica y que son capaces de compatibilizar la relación entre legislador y juez sin caer en problemas evitables.

Por ejemplo, parece ser que la fórmula actual de contemplar una acción que determine específicamente qué derechos pueden ser exigibles y cuáles no es una buena manera de compatibilizar y respetar las atribuciones de cada poder del Estado de manera armónica. Asimismo, podrían pensarse en otras formas de garantizar derechos (particularmente derechos sociales) que tomen en cuenta estas advertencias. Así, por ejemplo, en el Derecho comparado hay casos en que se contempla una especie de acción de responsabilidad parlamentaria por omisión constitucional. La inconstitucionalidad por omisión se da cuando una disposición de la Constitución encarga al legislador la confección de preceptos que ejecuten y pongan en movimiento el contenido de la Carta Fundamental, y éste no actúa.⁴⁷ En otras palabras, es entregar un mandato expreso al legislador para que se haga cargo de ciertos derechos, otorgándole a la ciudadanía una acción para reclamar ante la omisión de los legisladores. Este mecanismo se ha implementado en varios países. En Portugal, se establece un plazo para que el legislador cumpla

el mandato. También en Brasil, Colombia y Costa Rica utilizan esta fórmula. Como ésta, pueden surgir nuevas ideas, pero todas deben apuntar a lo mismo, es decir, a evitar tensiones innecesarias entre el poder legislativo y el poder judicial.

CONCLUSIONES

A modo de cierre, se puede señalar que la importancia primordial de la tarea que estamos próximos a iniciar como país, esto es, la redacción de una nueva Constitución es que, más allá del significado político que algunos le dan a este proceso constituyente, que sin dudas algo de eso tiene, estamos principal y fundamentalmente ante un momento jurídico, donde lo que deberán discutir los Convenciones Constituyentes será acerca del contenido de la nueva norma suprema que tendrá nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, resulta trascendental que a la hora de discutir sobre qué disposición consagrar, qué principios y derechos escriturar o qué órganos crear, se tenga en mente que la Constitución es, por sobre todo, la norma que se encuentra en la cúspide del régimen jurídico y, debido a esto, es que cada disposición debe pensarse teniendo en cuenta los múltiples efectos que el principio de supremacía constitucional trae consigo y que pueden generar serias consecuencias. Entre ellas, y como se señalaron a lo largo de este ensayo, su efecto derogatorio, su carácter conformador de todo el sistema jurídico, su relación con las demás fuentes del Derecho y, muy especialmente, su efecto normativo directo y el rol que en esto jugarán los jueces. Solo así, se podrá tener una nueva Constitución armónica con el resto del ordenamiento jurídico y respetuosa del ámbito de competencias de cada órgano del Estado, lo que evitará tensiones futuras.

⁴⁷VERDUGO (2009) 373.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Claudio (2020): "Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿Hacia la judicialización de la política?", *Revista Ius et Praxis*, pp. 32-54.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Fecha de consulta: 13 de abril de 2021.

DEL ROSARIO-RODRÍGUEZ, Marcos Francisco (2011): *La Supremacía Constitucional: Naturaleza y Alcances*.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2015): "La Fuerza Normativa de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho Público* (63), pp. 77-102.

Verdugo, Sergio (2009): "Inconstitucionalidad por omisión del legislador", *Revista Actualidad Jurídica*, pp. 373-396.

VIVANCO, Ángela (2015): *Curso de Derecho Constitucional*. (Santiago, Ediciones UC).

SEGUNDO INSUMO CONSTITUCIONAL:

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

 **FACEBOOK** @InstitutoResPublica

 **TWITTER** @i_respublica

 **YOUTUBE** InstitutoResPublica