

PROPUESTA REGULATIVA
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Miriam Lorena Henríquez Viñas¹

INTRODUCCIÓN

Comienzo esta presentación aclarando que concibo a las garantías de los derechos fundamentales como aquellos elementos imprescindibles para la real eficacia jurídica de un derecho fundamental.

Las actuales Constituciones contemplan una serie de garantías, entre las que destacan: a) Las garantías abstractas o normativas; b) Las garantías concretas o jurisdiccionales; y c) Las garantías institucionales².

I. GARANTÍAS ABSTRACTAS

Las garantías abstractas, corresponden a todas aquellas previsiones constitucionales, de carácter general, que orientan o disciplinan la actuación de los poderes públicos. De esta forma, sus destinatarios son los poderes públicos y su objeto es evitar que la actividad o inactividad de éstos pueda implicar un desconocimiento o vulneración de los derechos constitucionales.

Se trata, en síntesis, de limitaciones al margen de actuación de los poderes públicos y, en particular, de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y su objeto es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, emanadas de alguno de los poderes citados, desarrollen los derechos fundamentales despojándoles del contenido y eficacia con que la Constitución pretende dotarles.

En tal sentido, la discusión en torno a nuevas o mejores garantías abstractas de los derechos constitucionales debiera, al menos, considerar estos acápites: a) La directa aplicabilidad de los derechos constitucionalmente establecidos; b) La reserva de ley en

¹ Abogada, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesora Derecho Constitucional y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Email: mhenriqu@uahurtado.cl – miriamhenriquez@yahoo.es

² GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La protección judicial de los derechos fundamentales” Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

la limitación y regulación del ejercicio de los derechos constitucionales; y c) Las distintas vías de garantía de la supremacía constitucional.

En tal sentido, mi opinión es que la nueva Constitución refiera expresamente a la directa aplicabilidad de los derechos constitucionalmente establecidos. Por otro lado, que establezca que la limitación y regulación del ejercicio de los derechos es materia de ley simple, reduciendo al mínimo las limitaciones fundadas en la moral, el orden público, seguridad nacional y otras, señalando sólo las limitaciones que fije la Constitución. También expresar que la regulación del ejercicio de los derechos será “proporcionada” sin referir como límite “la esencia de los derechos”.

Una propuesta regulativa en tal sentido expresaría: *“Solo la ley podrá limitar, regular o complementar los derechos y garantías fundamentales que esta Constitución y los tratados con jerarquía constitucional establecen, la que deberá ser proporcionada.”*

II. GARANTÍAS CONCRETAS

El segundo grupo de garantías anunciado, las garantías concretas y jurisdiccionales, consisten en aquellos instrumentos reactivos que permiten a las personas, en cada caso en que se repute producida una vulneración de un derecho constitucional, a acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo.

Si se reflexiona sobre las actuales acciones constitucionales que protegen derechos fundamentales podemos enunciar que la acción de protección, en su práctica actual, no opera propiamente como una acción cautelar de derechos fundamentales³.

Por su parte, la reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad ha sido mínimamente utilizada por razón de la exagerada exigencia de sus requisitos y la brevedad de sus plazos, habiéndose dictado sentencia en casi una docena de casos relacionados con niños nacidos en territorio chileno cuyos padres se encontraban en situación irregular en Chile y que por tal motivo se les desconoció la nacionalidad chilena.

A su vez, las sentencias recaídas sede de indemnización por error judicial no superan la decena por razón del limitado ámbito de la responsabilidad del Estado juez, esto es sólo circunscripto a la sede penal, además de que las causales previstas constitucionalmente no coinciden con las propias del sistema procesal penal, haciéndose prácticamente inviable esta vía para demandar la reparación del Estado

³ HENRÍQUEZ, Miriam, Acción de protección, Ediciones DER, Santiago, 2018.

cuando hubiera causado un daño a la libertad personal por una sentencia injustificadamente errónea o arbitraria.

Por tanto, sería conveniente considerar una única acción constitucional que proteja todos los derechos constitucionales sin exclusión: un amparo constitucional ordinario ante los tribunales del Poder Judicial y que este arbitrio esté estructurado como una acción cautelar permitiendo al órgano competente razonar, en primer término, en torno a la vulneración o no del ejercicio del derecho amparado para recién proceder a verificar si la actuación que lo afecta es ilegal o arbitraria. Preferente y sumario. La regulación de su tramitación y procedimiento será materia de ley.

La propuesta regulativa del amparo constitucional referida expresaría: *Amparo constitucional: “Toda persona afectada en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos por esta Constitución y los tratados de derechos humanos con rango constitucional, podrá interponer por sí o por cualquiera a su nombre una acción expedita de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, los prive, perturbe o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad.*

Cuando el derecho privado, perturbado o amenazado fuera la libertad personal o la seguridad individual, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato.

El plazo para interponer la acción de amparo será de treinta días corridos y fatales desde que ocurrió el acto o la omisión, o desde que se tuvo conocimiento, ante el juzgado de letras del domicilio del afectado. El procedimiento será oral, público, breve, no sujeto a formalidades, de conocimiento preferente y establecido por ley.

El juez adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

III. GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Las garantías específicas están relacionadas con las instituciones avaladas por la Constitución para la protección de los derechos constitucionales, como por ejemplo sería el establecimiento de la Defensoría Penal Pública como un órgano constitucional autónomo o la creación de la Defensoría del Pueblo.

En este último caso, la Defensoría del Pueblo tendría la naturaleza de un órgano constitucional autónomo que representa los derechos de las personas, humanas

o jurídicas, frente a la Administración y los servicios públicos. La organización y el funcionamiento de esta institución serían regulados por una ley. Este órgano estaría facultado para deducir la acción de amparo en representación de un grupo de personas (acción de clase).

La propuesta regulativa de esta garantía señala: *Defensor del Pueblo: “Un órgano autónomo con el nombre de Defensor del Pueblo tendrá legitimación procesal, individual o colectiva, para deducir la acción de amparo ante actos u omisiones de la Administración y de los servicios públicos que afecten el ejercicio de derechos fundamentales.”*

V. GARANTÍA ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS

La suficiente garantía estructural de los derechos significa precisar los elementos de todo derecho fundamental, tales como su titular, destinatario, contenido protectivo, límites y garantías, de tal forma que se reduzcan al mínimo posible las zonas de penumbra que, por abandonadas a la interpretación, postergan hasta el incumplimiento los contenidos constitucionales⁴.

Una manera de reducir las zonas de penumbra es que los derechos fundamentales expresados por normas constitucionales reconozcan como titulares a todas las personas, es decir que tengan un carácter universal.

En segundo lugar, es que los derechos se formulen como imperativos negativos de no lesión, en el caso de los derechos de libertad; o bien imperativos positivos de prestación, como lo son algunos derechos sociales⁵. Lo afirmado no importa concebir los derechos como reglas.

En tercer lugar, a los derechos debieran corresponderles prohibiciones y obligaciones *erga omnes* e impuestas a la esfera pública como su garantía.

Un ejemplo de esta propuesta es la siguiente formulación del derecho a la vida (no se pronuncia sobre el aborto, pena de muerte y otros temas relativos al derecho):

“Toda persona (titular) tiene derecho a la vida y a la integridad física y síquica, sin que nadie (destinatario) pueda quitarla (imperativo de no lesión - prohibición) ni someter a otro a torturas, tratos inhumanos crueles o degradantes (imperativo de no lesión, prohibición)”.

Otro ejemplo de este tipo de configuración, a propósito de la libertad personal (no se pronuncia sobre la seguridad individual) sugiere: *“Toda persona (titular) tiene*

⁴ HENRÍQUEZ, Miriam, Propuesta inicial sobre derechos constitucionales, en Propuestas Constitucionales (Lucas Sierra, editor), Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2016, pp. 33 – 49.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, “La democracia a través de los derechos”, Trotta, Madrid, 2014, p. 111.

derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio. Nadie (destinatario) puede privar o restringir la libertad de otro (imperativo de no lesión - prohibición), sino en los casos y en las condiciones determinados en la Constitución y en la ley.”

VI. SÍNTESIS

La constitucionalización de los derechos constitucionales debiera considerar un capítulo destinado a los “derechos, deberes y garantías fundamentales” en el que se recoja un listado de derechos y deberes fundamentales, una acción de tutela, lo relativo a los tratados de derechos humanos, siendo la primera garantía de los derechos fundamentales una suficiente definición estructural de los mismos.